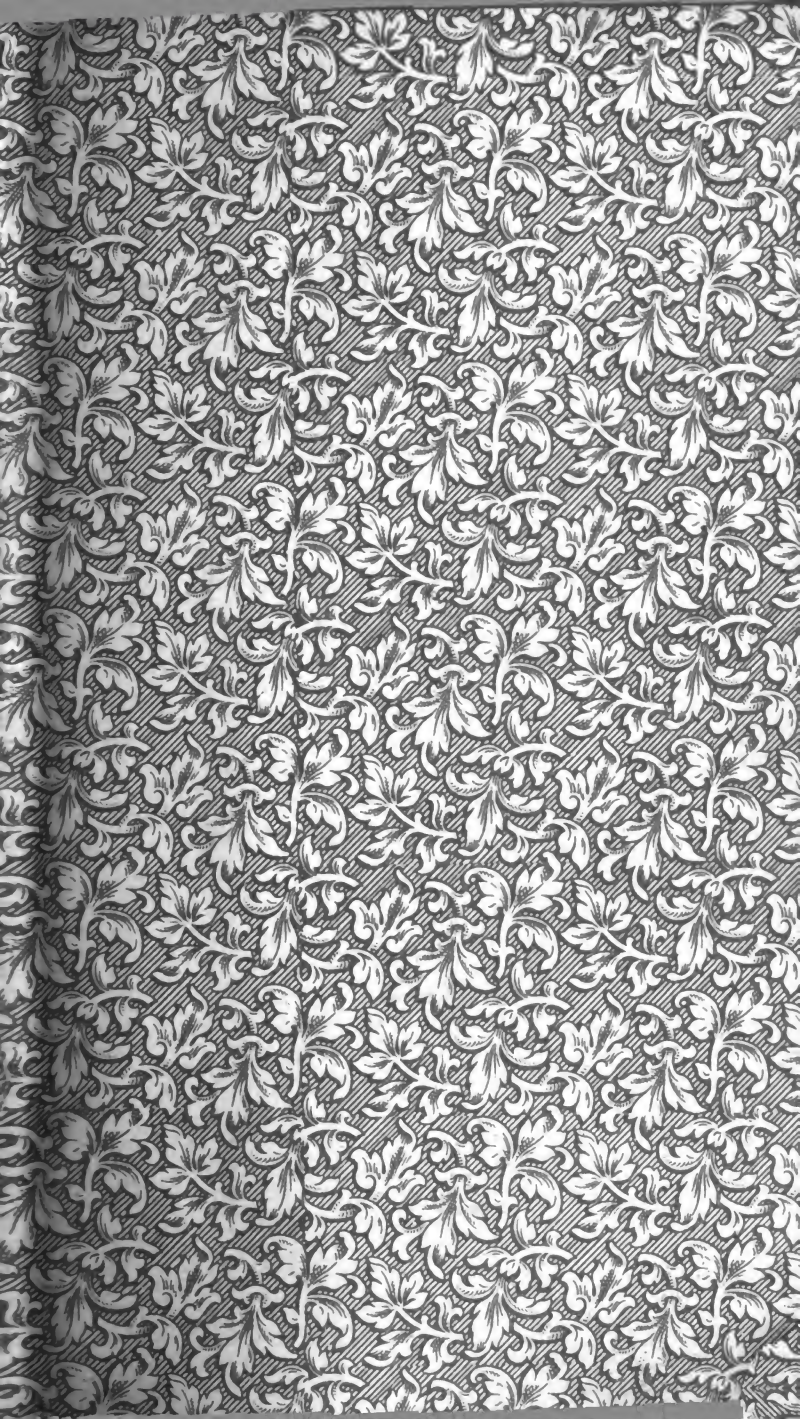
Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 7, 1905.



Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. Kübel

und

Dr. E. O. C. Sarwey.

Zehnter Band.

Stuttgart, 1867.

Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.

In Kommission bei **H. Lindemann.**

Digitized by Google

Rec. March 7, 1905

Digitized by Google

Inhaltsübersicht

des zehnten Bandes.

Seite

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Vom Gegenbeweise gegen die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft. Von Dr. Kübel 1
2) Die Prozeßzinsen. Ein Votum der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allgem. deutschen Obligationenrechtes. Von Dr. Kübel 61
3) Das Ganterkenntniß und seine Wirkungen. Von Herrn Oberjustizrath Boscher in Eßlingen 341

II. Fragmente.

1) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Wechselsachen. Mit Bemerkungen von Dr. Kübel . 77
Der Einfluß des Konkurses auf die Wechselverjährung 77
Mangelhafte Beschaffenheit der Wechselabschrift in der Protesturkunde 92
Die Wechselklage kann im ordentlichen Prozesse oder im Wechselprozesse geltend gemacht werden 97
2) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen. Mit Bemerkungen von Dr. Kübel . . 100
A. Civilrecht.
Schafweiderecht; Nichtbefugniß des Weideberechtigten zur Verhinderung von Kulturveränderungen des weidedienstbaren Grundstücks; Anlegung desselben zu Wald 100
Das Verbot der Begründung neuer Schafweidedienstbarkeiten bezieht sich auch auf Schafweiderechte in Waldungen 107
Kann aus einem Vertrage über Bestellung einer Realdienstbarkeit auf Einholung des gerichtlichen Erkenntnisses geklagt werden? 109
Das Verbot der neuen Begründung eines Rechtes hindert auch dessen Erwerb durch Ersitzung . . 115

Digitized by Google

Seite

Unvordenkliche Verjährung, deren Natur; Verhältniß zu dem Verbote der neuen Begründung eines Rechtes 116

Die Cession eine Sondernachfolge in die Forderung 121

Nothwendige Cession; Uebergang der Forderungen kraft Gesetzes 132

Verjährung einer im Gante des Schuldners durchgefallenen Forderung 136

Verlagsvertrag; Verbot anderweitiger Verfügungen des Autors über das in Verlag gegebene Werk zum Nachtheile des Verlegers 138

Versicherungsvertrag; Eintritt des Versicherers in die Rechte des Versicherten; Anwendbarkeit der dießfälligen Bestimmungen des a. d. HGB. . . 152

Leibgedingswohnung; Aufnahme einer zweiten Ehefrau oder einer Haushälterin 155

Gemeinschaftliche Erwerbungen Verlobter werden im Zweifel zur Errungenschaft gerechnet 164

Veräußerungsrecht des Ehemanns bezüglich des zur Errungenschaft gehörigen Vermögens 165

Das Verwaltungsrecht des ordentlichen adventizischen Sonderguts der Kinder steht dem Vater mit Ausschluß der Mutter zu 166

Verbindlichkeit der Eltern zur Ausstattung eines Kindes im Falle seiner Verheirathung gegen den Willen der Eltern 166

Verbindlichkeit der Eltern zur Ausstattung der Kinder; Größe der Ausstattung 168

Beendigung der väterlichen Gewalt durch Errichtung eines eigenen Haushalts 170

Wesen der Einkindschaft 170

Vorzugsrecht der Kinder wegen ihres in der gesetzlichen Verwaltung der Eltern stehenden Vermögens 171

Einwerfungspflicht bei elterlichen Vermögensübergaben 172

Kann nach württ. Rechte dem Vater die Nutznießung von dem Pflichttheile seines Kindes entzogen werden? 176

Kann ein Blinder schriftlich testiren? 182

Rogation der Testamentszeugen; Beweis durch die Testamentsurkunde 200

Identität des Testators 201

Digitized by Google

Seite

Beweis des wahren Willens des Testirers gegen die klaren Worte des Testamentes 202
Entziehung einer Erbschaft wegen Unwürdigkeit des Erben aus dem Grunde fahrlässiger Tödtung des Erblassers durch Mißhandlung 203
Fideikommissarische Erbeinsetzung; Vorabsterben des Fiduziarerben 206

B. Prozeß.

Zur Grenzbestimmung der Kompetenz der Civil- und Verwaltungsjustizbehörden bei Wasserrechtsstreitigkeiten; Streit über die Benützung des aus einem öffentlichen Bache in einen Wässerungsgraben abgeleiteten Wassers 208
Gerichtsstand des Wohnorts eines Pächters . . . 211
Gerichtsstand eines im Auslande wohnenden, im Verhältnisse eines württemb. Unterthanen stehenden Standesherrn 218
Benützung der Ergebnisse der Strafuntersuchung im Civilverfahren 219
Beweiskraft der Handelsbücher; die Bestimmungen des HGB. hierüber wirken nicht zurück 220
Beweiskraft der Handelsbücher nach dem Rechte vor dem HGB. 220
Urkundenbeweis; Ergänzungseid zum Beweise der Aechtheit 221
Unstatthaftigkeit der Zurückschiebung eines Eides über ein eigenes Faktum des Delaten 221
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß 222
Anwendung des Jurisdiktionsvertrages mit dem Großherzogthum Baden auf die gegenseitige Rechtshilfe wegen der in Civilrechtsstreitigkeiten angesetzten Sporteln 223
Bei dem Exekutionsverkaufe eines Grundstückes findet im Falle eines Nachgebots des nach dem Ergebniß der gesetzlichen Aufstreichsverhandlungen unbefriedigt gebliebenen Pfandgläubigers ein weiterer Aufstreich nicht statt 227
Verhältniß des Güterpflegers und des Kontradiktors im Konkurse 229

3). Ueber das zur Giltigkeit von Realservituten erforderliche

Seite

gerichtliche Erkenntniß. Von Herrn Direktor v. Schäfer in Tübingen 230

4) Gehören die Meßner zu den Kirchendienern im Sinne des Art. 9 des Gesetzes vom 19. April 1865? Von Hrn. Rechtskonsulent Walter in Saulgau 233

5) Ist im Falle der käuflichen Abtretung des Antheils eines Gesellschafters an den Immobilien der Gesellschaft an einen andern Gesellschafter die Accisgebühr anzusetzen? Von Herrn Rechtskonsulent Rödinger in Stuttgart . . . 238

6) Zur Alimentation der ehelichen Kinder sind beide Eltern auch nach Scheidung ihrer Ehe verbunden. Von Herrn Oberjustizprokurator Dr. Gmelin in Tübingen . . . 239

7) Zum Verfahren bei mangelhafter Waare; insbesondere von der Dispositionsstellung. Von Herrn Rechtskonsulent L. Meyer in Stuttgart 242

8) Aus dem Oberhandelsgerichte. Von Herrn Oberjustizrath Hörner in Stuttgart 258

A. Handelsrecht.

Uebergang der Gefahr beim Kaufe 258

Benachrichtigung des Verkäufers von Ausstellungen gegen Qualität und Quantität zugesandter Waaren 260

Ausstellungen gegen die Quantität der gelieferten Waaren; Reklamationsfrist 260

Dispositionsstellung einer Gesammtwaarensendung wegen theilweiser Defektuosität. Pflicht zur Untersuchung von, in Originalverpackung zum Wiederverkauf bestimmten Waaren 261

Kompensation im Gante 263

B. Wechselrecht.

Ein Wechsel mit dem Zusatz bei der Adresse „zahlbar auf der Bank N. N." ist ein domizilirter Wechsel mit benanntem Domiziliaten 265

Protesturkunde; die Bezeichnung der Stunde der Protestaufnahme wird nicht erfordert; die Einhaltung der vorschriftmäßigen Protestistunde wird vermuthet 266

Wechselverjährung; die Wechselklage gegen den Acceptanten eines domizilirten und beim Domiziliaten Mangels Zahlung protestirten Wechsels ist keine Wechselregreßklage und verjährt nicht in drei Monaten 267

Digitized by Google

Seite

Wechselverjährung; wann ist die Buchung eines Mangels Zahlung protestirten und mit einer Retourrechnung zurückgesandten Wechsels als Zahlung im Sinne des Art. 79 der a. d. Wechselordnung zu betrachten? 268

Die Eröffnung des Konkurses hemmt die Wechselverjährung gegen den Gemeinschuldner 271

Für die Legalität eines im Auslande aufgenommenen Protestes streitet die Vermuthung 271

Protestirung mehrerer Wechsel in Einer Urkunde ist zulässig 27

Die Replik der Rechtshängigkeit einer im Wege der Kompensationseinrede geltend gemachten Forderung ist zu verwerfen 273

C. Prozeß.

Vorbringen neuer Thatsachen, beziehungsweise Benennung neuer Beweismittel bei der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz; Verurtheilung des säumigen Theiles in die Kosten der vergeblichen Tagfahrt 273

Glaubenseid der Erben 276

Die Vorschrift der Wechselgerichtsordnung von 1759 über das Erscheinen der Wechselbeklagten in Person ist nicht mehr anwendbar 279

Diffessionseid der Erben des Wechselschuldners . . 285

Verweisung illiquider Einreden im Wechselprozesse in die Widerklage 288

Verfällung des Appellanten in die Prozeßkosten II. Instanz trotz dessen theilweisen Obsiegens in dieser Instanz 289

9) Weitere Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen mit Bemerkungen von Dr. Kübel 432

A. Civilrecht.

Die gerichtliche Bestätigung der vertragsmäßigen Bestellung einer Realdienstbarkeit kann im Rechtswege nicht angefochten werden 432

Bezeichnung der Person des Käufers von Gebäuden oder Grundstücken in der Vertragsurkunde . . 433

Bezeichnung des Gegenstandes eines Kaufvertrages über liegende Güter in der Vertragsurkunde . . 434

Der Anspruch auf Dienste kann nicht cedirt werden 435

Verlagsvertrag; Verbindlichkeit des Verlegers zur

Digitized by Google

Seite

Vervielfältigung und zum Vertriebe des ihm in Verlag gegebenen Werkes; Befreiung des Verlegers von dieser Verbindlichkeit durch die Verzögerung der Uebergabe des Werkes von Seiten des Autors 439

Verlagsvertrag; ist der Verleger auch zum Abdruck und zur Honorirung eines Sach- und Namenregisters eines ihm zum Verlage überlassenen Werkes verpflichtet? 445

B. Prozeß.

Kann ein Gläubiger, welcher schriftlich liquidirt hat und an der Liquidationstagfahrt nicht erschienen ist, die von andern Gläubigern geltend gemachten Vorzugsrechte nachträglich bestreiten? 447

10) Zu dem Gesetze über die Veräußerung von Liegenschaften. Nichtübereinstimmung der dem Gesetze äußerlich entsprechenden Vertragsurkunde mit den vorangegangenen mündlichen Vertragsberedungen. Von Dr. Kübel 449

III. Literarische Mittheilungen.

1) Ueber die Todesstrafe. Vortrag im königl. württembergischen Justizministerium, erstattet von dem Obertribunalrath Anton Beyerle. Stuttgart, Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung 1867. Besprochen von Dr. Kübel 289

2) Repertorium der evangelischen Kirchengesetze in Württemberg von G. A. Süskind, Pfarrer in Darmsheim und G. Werner, Pfarrer in Stammheim. 3 Bände. Stuttgart, Verlag von Wilhelm Nitzschke. 1862—1867. Besprochen von Dr. Kübel 337

Digitized by Google

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Vom Gegenbeweise gegen die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft.

(Von Dr. Kübel.)

Ein Kind ist ein eheliches, wenn dasselbe während der Dauer einer giltigen Ehe von den Eheleuten erzeugt worden ist.[1] Diese eheliche Erzeugung bildet die Grundlage des sittlich geheiligten und rechtlich bedeutungsvollen Familienverhältnisses, welches zwischen Vater und Kind besteht und ihre Feststellung ist daher von der größten Wichtigkeit. Nun ist aber die Erzeugung selbst ein jeder sicheren Wahrnehmung sich entziehendes, in undurchdringliches Dunkel gehülltes Naturgeheimniß, welches erst im Verlaufe der Zeit in seinen Wirkungen zur Erscheinung kommt und wofür ebendaher ein unmittelbarer Beweis ganz undenkbar, ein mittelbarer Beweis aber durch die Unmöglichkeit des Beweises der zu einem sicheren Schlusse auf die Zeugung erforderlichen thatsächlichen Voraussetzungen ausgeschlossen ist. Gewiß ist zwar, daß die Erzeugung eines Kindes durch den Beischlaf der Mutter mit einem Manne bewirkt wird, sowie, daß dieser Beischlaf in demjenigen Zeitraum vor der Geburt des Kindes stattgefunden haben muß, in welchem

[1] pr. J. de patr. pot. (1, 9) „In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus.“ §. 3 eod. „qui ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est.“ l. 6 D. de his qui sui, (1, 6) „Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur.“

Digitized by Google

den aus der Erfahrung bekannten Gesetzen der Natur zu Folge das Kind möglicher Weise erzeugt worden sein kann. Auch ist klar, daß die Thatsache des Beischlafs der Mutter mit einem Manne in der entsprechenden Zeit, wie jede andere in die Sinne fallende Erscheinung, an sich wohl erweislich ist. Allein durch den Beweis eines solchen Beischlafs ist nur die Möglichkeit, nicht aber die Gewißheit der Erzeugung des Kindes durch denselben dargethan, da die Mutter in der kritischen Zeit auch mit anderen Männern geschlechtlichen Umgang gepflogen haben kann. Um eine genügende Grundlage für den Schluß auf die Erzeugung eines Kindes durch den Ehemann zu erhalten, müßte daher weiter erwiesen werden, daß die Mutter nur mit diesem und mit keinem anderen Manne geschlechtlichen Umgang in der entsprechenden Zeit gehabt habe, während diese Negative der Natur der Sache nach stets unerweislich bleiben und nur ein größerer oder geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit aus den Umständen sich ergeben wird. Das römische Recht begnügt sich daher mit der durch die Ehe moralisch garantirten Wahrscheinlichkeit, indem dasselbe in allen Fällen, wo ein Kind möglicher Weise während der Ehe erzeugt sein kann, diese Möglichkeit bis zum Beweise des Gegentheils als Wirklichkeit unterstellt und zu diesem Ende bestimmt, daß die eheliche Erzeugung eines Kindes gesetzlich zu vermuthen sei, wenn seine Mutter in der Zeit vom 182sten bis zum 300sten Tage rückwärts von der Geburt des Kindes an gerechnet in der Ehe gelebt hat, so daß der Ehemann als Vater gilt, wenn die Geburt des Kindes nicht früher als 182 Tage nach Eingehung der Ehe mit der Mutter des Kindes und nicht später als 300 Tage nach Trennung der Ehe erfolgt ist,[2] was in der

[2] L. 12 D. de statu hom. (1, 5) „Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.“ — l. 3, §. 12 D. de suis (38, 16) „de eo, qui centesimo octogesimo

bekannten Rechtsregel „Pater is est, quem nuptiae demonstrant“[3] einen kurzen Ausdruck gefunden hat. Es beruht dieß

1) auf der, auf die Auktorität des Hyppokrates gestützten, physiologischen Voraussetzung, daß der Zeitpunkt der möglichen Erzeugung eines lebenden Kindes (im Gegensatze des abortus) in den ganzen Zeitraum vom 182sten bis zum 300sten Tage vor seiner Geburt fallen könne;

2) auf der, in dem Wesen der Ehe gegründeten Vermuthung, daß, unter der Voraussetzung des Bestehens einer Ehe in der fraglichen Zeit, während derselben auch eine geschlechtliche Vermischung der Ehegatten werde stattgefunden haben, und

3) auf der, durch die Heiligkeit der Ehe und der durch sie gegebenen moralischen Garantie des ausschließlichen Geschlechtsumgangs der Ehefrau mit ihrem Ehemanne gerechtfertigten, Unterstellung der Zeugung des Kindes durch den, innerhalb des Zeitraums der möglichen Empfängniß zu präsumirenden, Beischlaf zwischen den Eheleuten.[4]

Das Gesetz nimmt somit an, daß ein Kind, welches nicht früher als 182 Tage nach Eingehung der Ehe und nicht später als 300 Tage nach deren Trennung geboren wird, als während der Ehe erzeugt zu betrachten, ein während der Ehe erzeugtes Kind aber als von dem Ehemann gezeugt zu vermuthen sei. Diese doppelte Rechtsvermuthung ist jedoch keine unumstößliche, vielmehr wird

---

secundo die natus est, Hippocrates scripsit et D. Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum nec videri in servitute conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa.“ — l. 3, §. 11 D. eod. „post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.“ cf. l. 29 pr. D. de lib. et post. (28, 2); l. 4 D. de post. her. inst. (6, 29); dieses Archiv Bd. II, S. 410, 411.

[3] l. 5 D. de in jus vocando (2, 4).

[4] Vergl. Savigny, System Bd. II, S. 386, 387.

Digitized by Google

in den Gesetzen der Gegenbeweis gegen dieselbe zugelassen[5] und bestritten ist nur, in welcher Richtung dieser Gegenbeweis als zulässig und zur Entkräftung der Rechtsvermuthung dienlich und wirksam zu erachten sei.

Durch die Aufstellung einer Rechtsvermuthung wird von dem Gesetze an das Dasein einer gewissen Thatsache die Annahme des Bestandes auch einer anderen, nicht mit logischer Nothwendigkeit daraus folgenden, Thatsache geknüpft, indem hier das Gesetz einem bloßen Wahrscheinlichkeitsschlusse die Wirkung beilegt, juristische Gewißheit zu begründen. Soll der Gegenbeweis gegen eine Rechtsvermuthung, wo ein solcher gesetzlich überhaupt statthaft ist, geführt werden, so muß daher bewiesen werden, daß im konkreten Falle, ungeachtet des Vorhandenseins der thatsächlichen Prämissen der Rechtsvermuthung, der durch dieselbe ausgesprochene Schluß auf die Wahrheit der anderen Thatsache nicht zutreffe, welcher Beweis in der Regel dadurch geführt werden wird, daß für den konkreten Fall das Gegentheil dessen, wofür die Vermuthung streitet, nachgewiesen wird. Der Gegenbeweis kann jedoch natürlich immer nur gegen das Zutreffen der Rechtsvermuthung in concreto, gegen die Rechtsvermuthung in hypothesi, nicht aber gegen deren Zutreffen in abstracto, also nicht gegen deren Richtigkeit an sich, nicht gegen die Rechtsvermuthung in thesi geführt werden, da dieß eine Aufhebung der Rechtsvermuthung

---

[5] L. 6 D. de his, qui sui (1, 6) „Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. Sed si fingamus, abfuisse maritum v. g. per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum, Julianus ait, eum qui cum uxore sua assidue moratus, nolit filium agnoscere quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constat, maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias sit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse." Vergl. l. 29, §. 1 D. de probat. (22, 3); l. 11, §. 9 D. ad leg. Jul. de adult. (48, 5).

Digitized by Google

selbst, also eine unzulässige Beseitigung des Gesetzes wäre. Ob die Aufstellung der Rechtsvermuthung an sich begründet war, ist daher eine außerhalb der Beurtheilung des Richters liegende Frage und wenn auch die Gründe, welche den Gesetzgeber dazu geführt haben, einem bloßen Wahrscheinlichkeitsschlusse die Wirkung eines logischen Schlusses beizulegen und demzufolge eine Rechtsvermuthung aufzustellen, als noch so unrichtig erwiesen werden könnten, so würde dieß dem Gesetze gegenüber nicht in Betracht kommen können. Hieraus folgt für die den unmittelbaren Gegenstand dieser Erörterungen bildende Frage, daß der Gegenbeweis gegen die Rechtsvermuthung der Legitimität nicht durch den Beweis der Unrichtigkeit der unter Ziff. 1 oben angeführten physiologischen Voraussetzung der Rechtsvermuthung geführt, daß also letztere nicht durch den, übrigens wohl auch nicht erbringlichen,[6] Nachweis entkräftet werden kann, daß ein lebendiges Kind nach den Grundsätzen der Physiologie überhaupt nicht schon am 182sten Tage nach der Empfängniß geboren werden, oder daß die Schwangerschaft überhaupt nicht 300 Tage dauern könne. Denn der Satz, daß ein lebendes Kind in dem ganzen Zeitraum vom 182sten bis zum 300sten Tage vor seiner Geburt erzeugt worden sein könne, ist nur einer der juristischen Gründe des Gesetzes, wodurch der Gesetzgeber zu Aufstellung der fraglichen Rechtsvermuthung geführt worden ist. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Gründe eines Gesetzes ist aber, wie bemerkt, ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der gesetzlichen Bestimmung und es müßte die Rechtsvermuthung in Frage bestehen bleiben, selbst wenn dargethan werden könnte, daß die gedachte physiologische Voraussetzung bezüglich der längsten und kürzesten Schwangerschaftsdauer vom Standpunkte der heutigen Wissenschaft für unrichtig zu erkennen sei.[7]

[6] Vergl. Savigny, System Bd. II, S. 390 f.

[7] Seuffert, Archiv Bd. VIII, Nro. 229; dieses Archiv Bd. II, S. 415.

Digitized by Google

In der l. 11, §. 9 D. ad leg. Jul. de adult. (48, 5)[8] ist sodann weiter ausgesprochen, daß auch der Beweis eines von der Mutter des Kindes während der Ehe in der Zeit der möglichen Empfängniß begangenen Ehebruchs die für die Legitimität des Kindes streitende Rechtsvermuthung nicht entkräften könne. Es ist dieß nur eine Konsequenz der Aufstellung der Rechtsvermuthung. Zwar trifft der aus der Heiligkeit der Ehe hergenommene legislatorische Grund der Rechtsvermuthung, daß die Ehefrau nur mit ihrem Ehemann geschlechtlichen Umgang pflegen werde, in dem gegebenen Falle nicht zu. Allein dadurch, daß sich im einzelnen Falle der Grund des Gesetzes nicht als zutreffend erweist, wird die Anwendung der gesetzlichen Bestimmung nicht ausgeschlossen und die aufgestellte Rechtsvermuthung muß zur Anwendung kommen, wenn nur die thatsächlichen Prämissen derselben gegeben sind. Zu diesen gehört aber der ausschließliche Geschlechtsumgang der Ehefrau mit ihrem Ehemanne nicht, vielmehr soll die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft eintreten, wenn nur die Geburt des Kindes innerhalb des gesetzlichen Zeitraums erfolgt ist. In diesem Falle wird auf die Zeugung des Kindes während der Ehe und von dieser auf die Zeugung durch den Ehemann geschlossen, indem die hiefür aus der erstgenannten Thatsache sich ergebende Wahrscheinlichkeit bis zum Beweise des Gegentheils als Gewißheit unterstellt wird. Der Gegenbeweis, daß das Kind durch den Ehemann nicht erzeugt worden, wird aber durch den Beweis des Ehebruchs der Ehefrau während der kritischen Zeit nicht geführt, da die Ehefrau in dieser Zeit neben dem Ehebrecher auch mit

---

[8] „Nam non utique crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti præjudicat, quum possit et adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse.“ Dieselbe Bestimmung findet sich auch in neueren Gesetzgebungen, so im preußischen Landrecht Thl. II, Tit. 2, §. 5, im österreichischen allg. bürg. Gesetzbuche §. 158, im sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche §. 1773 und im Züricherischen privatrechtlichen Gesetzbuche §. 137.

Digitized by Google

ihrem Ehemann geschlechtlichen Umgang gepflogen haben kann, was von dem Gesetze als die Regel präsumirt wird, in diesem Falle aber, wie die angeführte Stelle besagt, der Ehemann, des Ehebruchs seiner Ehefrau ungeachtet, der Vater des Kindes sein kann.[9] Hiemit stimmt auch eine in Sarwey's Monatschrift[10] angeführte Entscheidung überein, wodurch in einem Falle, wo der Ehemann das von seiner Ehefrau während der Ehe empfangene und geborene Kind nicht als das seinige anerkennen wollte, der von dem Ehemann der Ehefrau über die Thatsache des Ehebruchs zugeschobene Eid als unerheblich verworfen wurde, weil das Geständniß der Ehefrau, einen Ehebruch begangen zu haben, noch keine rechtliche Gewißheit dafür gebe, daß das Kind in diesem Ehebruch erzeugt sei. Diese Entscheidung ist unzweifelhaft richtig, denn die Verweigerung des Eides über den Ehebruch Seitens der Ehefrau könnte nur die Thatsache des Ehebruchs feststellen; damit wäre aber noch nicht dargethan, daß die Ehefrau in der kritischen Zeit nicht auch mit ihrem Ehemann geschlechtlichen Umgang gepflogen habe und ebendaher die auf die Unterstellung dieses geschlechtlichen Umgangs gebaute Rechtsvermuthung der Erzeugung des Kindes durch den Ehemann nicht beseitigt.

Dieß führt darauf, daß die für die Legitimität eines Kindes streitende Rechtsvermuthung nur durch den Beweis der Unmöglichkeit der Erzeugung des Kindes durch den Ehemann im konkreten Falle entkräftet werden kann. Diese Unmöglichkeit der Erzeugung des Kindes durch den Ehemann ist aber vorhanden, wenn entweder dargethan wird, daß der Ehemann in der kritischen Zeit mit seiner Ehefrau

---

[9] Vergl. auch Glück, Komm. Bd. II, S. 277, Bd. XXI, S. 430, Bd. XXVIII, S. 110; Seuffert, Archiv Bd. I, Nro. 162, Bd. V, Nro. 167; Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. X, S. 262; Stubenrauch, Komm. zu dem österr. bürgerl. Gesetzbuch Bd. I, S. 426; Bluntschli, privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich Bd. I, S. 122; Hufnagel, Mitth. Bd. I, S. 556—559.

[10] Bd. XIV, S. 79, 80.

gar keinen geschlechtlichen Umgang hatte, da ohne solchen eine Zeugung nicht möglich ist, oder daß, ob nun ein Beischlaf stattgefunden oder nicht, solcher jedenfalls keine Folgen haben konnte, weil der Ehemann in der kritischen Zeit nicht zeugungsfähig war, oder aber, daß nach der physischen Beschaffenheit des Kindes bei seiner Geburt solches den unwandelbaren Gesetzen der Natur zufolge dem Beischlafe des Ehemannes seine Entstehung nicht verdanken kann. Fraglich kann daher nur sein, ob das Gesetz in allen diesen Richtungen den Gegenbeweis zuläßt.

Daß durch den Beweis der Zeugungsunfähigkeit des Ehemannes in der kritischen Zeit die Rechtsvermuthung entkräftet werde, besagt die l. 6 D. de his qui sui (1, 6) mit unzweideutigen Worten: „si ea valetudine paterfamilias sit, ut generare non possit“ und es besteht hierüber auch überall kein Streit.

Ebenso ist es gesetzlich anerkannt, daß durch den Beweis des Unterbliebenseins des geschlechtlichen Umgangs der Ehegatten in der kritischen Zeit die Rechtsvermuthung für die Legitimität des Kindes enkräftet wird. Denn daß ein geschlechtlicher Umgang der Ehegatten in dem Zeitraum der möglichen Empfängniß stattgefunden, bildet die selbstverständliche Voraussetzung der Rechtsvermuthung. Nun wird zwar ein solcher Umgang im Hinblick auf die Natur und das Wesen der Ehe, welche den geschlechtlichen Umgang der Ehegatten als das normalmäßige Verhältniß erscheinen läßt, vermuthet, ohne daß es eines besondern Beweises dieses Umgangs bedarf; allein eben weil diese Vermuthung nur auf das regelmäßige Verhältniß zwischen den Ehegatten sich gründet, konnte der Gegenbeweis, daß im einzelnen Falle eine geschlechtliche Beiwohnung der Ehegatten aus besonderen Gründen nicht stattgefunden, nicht ausgeschlossen werden und es ist demzufolge auch in der schon angeführten l. 6 D. de his qui sui (1, 6) dieser Gegenbeweis ausdrücklich zugelassen. Nun behaupten zwar Manche, daß derselbe nur durch den Nachweis geliefert werden könne,

Digitized by Google

daß dem Ehemann der Beischlaf mit seiner Ehefrau innerhalb der kritischen Zeit wegen Abwesenheit oder wegen Unfähigkeit zum Beischlaf *physisch unmöglich* gewesen sei.[11] Zu einer solchen Einengung des Gegenbeweises liegt jedoch, wofür der Nachweis in den nachher anzuführenden Entscheidungen des hiesigen Obertribunals gegeben werden wird, ein zureichender Grund nicht vor, vielmehr genügt es an dem, durch Indizien zu führenden und erforderlichen Falls durch Eid zu ergänzenden, Beweise, daß ein Geschlechtsumgang der Ehegatten in der kritischen Zeit *nicht stattgefunden habe*, ohne daß es des Beweises der physischen Unmöglichkeit des Beischlafs bedürfte. Denn wenn die Nichtbeiwohnung des Ehemanns in der fraglichen Zeit für den konkreten Fall dargethan ist, so steht außer Zweifel, daß das Kind von dem Ehemann unmöglich erzeugt sein kann, wenn auch die Beiwohnung an sich möglich gewesen wäre. Kann aber das Kind von dem Ehemann nicht erzeugt sein, so ist damit die für diese Erzeugung streitende Rechtsvermuthung direkt widerlegt. Dabei versteht es sich jedoch von selbst, daß nur ein voller Beweis der Nichtbeiwohnung die für die Beiwohnung streitende Rechtsvermuthung entkräften kann und in vielen Fällen wird ein solcher Beweis allerdings nur durch Darlegung der physischen Unmöglichkeit des Beischlafs geführt werden können. Allein wo der konkrete Fall so geartet ist, daß die Nichtbeiwohnung des Ehemanns in der kritischen Zeit durch künstlichen Beweis dargethan werden kann, wohin insbesondere der Fall zu rechnen ist, wenn die Eheleute in Folge von ernstlichen Ehedissidien in verschiedenen Wohnungen

---

[11] Vergl. z. B. **Glück**, Pand.-Komm. Bd. II, S. 103, 276, Bd. XXI, S. 424, 430, Bd. XXVIII, S. 110; **Savigny**, System Bd. II, S. 190; **Hufnagel**, Mitth. Bd. I, S. 271; Civilgesetzbuch für den Kanton **Bern** Satzung 144; Civilgesetzbuch für den Kanton **Luzern** §. 58; Civilgesetzbuch für den Kanton **Solothurn** Thl. I, Hauptst. 1, §. 243; großh. **hessischer** Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs Abth. I, Tit. 3, Art. 1—5.

Digitized by Google

getrennt von einander leben und die Verhältnisse von der Art sind, daß die Annahme eines geschlechtlichen Umgangs derselben dadurch ausgeschlossen wird,[12] ist kein stichhaltiger Grund abzusehen, warum der künstliche Beweis ausgeschlossen sein sollte, durch welchen volle civilprozessualische Gewißheit in gleicher Weise hergestellt werden kann, wie durch direkte Beweisführung.[13] Soll jedoch der Gegenbeweis, daß der Ehemann in der fraglichen Zeit seiner Ehefrau nicht geschlechtlich beigewohnt habe, durch Indizien geführt werden, so müssen solche Thatsachen zu Begründung der Behauptung der Nichtbeiwohnung des Ehemannes angeführt und bewiesen werden, welche in ihrem Zusammenhalte geeignet sind, die aus dem Bestehen der Ehe nach deren Natur gerechtfertigte Annahme eines geschlechtlichen Umgangs der Ehegatten zu widerlegen und die rechtliche Ueberzeugung von dem Gegentheile zu begründen. Doch kann, wenn die Anzeigen zum vollen Beweise des Unterbliebenseins geschlechtlicher Vermischung der Ehegatten zwar nicht ausreichen, wohl aber von der Art sind, daß durch sie die Rechtsvermuthung erheblich erschüttert und das Gegentheil derselben wahrscheinlich gemacht ist, der Beweis auch durch richterlichen Eid ergänzt[14] und je nach den Umständen auch der Mutter des Kindes ein Eid auferlegt werden. Zwar wird unter Berufung auf l. 29, §. 1 D. de probat. (22, 3)[15] geltend gemacht, daß Angaben der Mutter weder für, noch gegen die Legitimität eines

---

[12] Seuffert, Archiv Bd. I, Nro. 162, Bd. X, Nro. 267, Bd. XIX, Nro. 16; Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. X, S. 263 ff.

[13] Seuffert, Archiv Bd. XX, Nro. 90; Unger, österr. Privatrecht Bd. II, S. 577, 578.

[14] Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. X, S. 267.

[15] „Mulier gravida repudiata filium enixa absente marito ut spurium in actis professa est. Quaesitum est, an is in potestate patris sit, et matre intestata mortua jussu ejus hereditatem matris adire possit, nec obsit professa a matre irata facta? Respondit, veritati locum superfore."

Digitized by Google

Kindes beweisen, somit auch die Entscheidung hierüber nicht auf einen Eid der Mutter gestellt werden könne. Allein aus dem Ausspruche der gedachten Gesetzesstelle, daß das Geständniß der verstoßenen schwangeren Ehefrau, das absente marito geborene Kind sei ein spurius, nicht unbedingt entscheide, sondern der wahre Sachverhalt maßgebend sei, läßt sich der allgemeine Grundsatz nicht ableiten, daß Angaben der Mutter bezüglich der Legitimitätsfrage überhaupt keinen Beweiswerth haben und ein Eid derselben unzulässig sei, da das fragliche Geständniß der Mutter, daß das Kind ein spurius sei, ohne eine entsprechende thatsächliche Begründung nur als ein Urtheil, nicht als das Zugeständniß einer Thatsache sich darstellt und hierin die natürliche Erklärung liegt, warum in der fraglichen Gesetzesstelle dem dort erwähnten Geständniß der Mutter ein entscheidendes Gewicht nicht beigelegt wird.[16] Es wird stets auf die Umstände ankommen, ob und welches Gewicht auf die Angaben der Mutter in Beziehung auf die Legitimitätsfrage zu legen ist und hienach wird auch die Frage von der Auferlegung eines Eides zu beurtheilen sein.[17] — Dagegen ist die Führung des Beweises der Nichtbeiwohnung des Ehemanns in der entsprechenden Zeit unmittelbar durch Eideszuschiebung an denselben nicht statthaft, da die Rechtsvermuthung für die Geschlechtsgemeinschaft streitet und derjenige, welchem eine unerschütterte Rechtsvermuthung zur Seite steht, nicht verbunden ist, die Thatsache durch Eid

[16] Glück, Komm. Bd. XXI, S. 429, 430.

[17] Archiv für prakt. Rechtswissensch. Bd. X, S. 267, 268. In Uebereinstimmung mit dem oben Gesagten steht die Bestimmung des österreichischen bürgerl. Gesetzbuchs §. 158: „Weder ein von der Mutter begangener Ehebruch, noch ihre Behauptung, daß ihr Kind unehelich sei, können für sich allein demselben die Rechte der ehelichen Geburt entziehen.“ Weiter geht die Bestimmung des preußischen Landrechtes Thl. II, Tit. 2, §. 6: „Das Zeugniß der Mutter soll weder für, noch wider die Rechtmäßigkeit eines in stehender Ehe erzeugten oder geborenen Kindes Etwas beweisen.“

Digitized by Google

erst noch zu erhärten, welche schon nach der Rechtsvermuthung als wahr zu unterstellen ist.

Mit dem Satze, daß zur Entkräftung der Rechtsvermuthung der Nachweis genüge, es habe in der kritischen Zeit ein Geschlechtsumgang der Ehegatten nicht stattgefunden, stimmt auch die Ansicht bedeutender Rechtslehrer und Praktiker überein,[18] obwohl die Mehrzahl der Rechtslehrer sich in fraglicher Richtung entweder gar nicht, oder nur unbestimmt ausspricht und dieselbe Ansicht ist auch in Entscheidungen einer Reihe der höchsten Gerichte Deutschlands, so des Obertribunals zu Berlin, des Obertribunals zu Stuttgart, der Oberappellationsgerichte zu München, zu Dresden, zu Darmstadt, zu Lübeck, zu Kiel, zu Oldenburg und des Obergerichtes zu Wolfenbüttel angenommen worden.[19] Sie hat überdieß in verschiedenen neueren Gesetzgebungen, insbesondere in dem preußischen Landrecht Thl. II, Tit. 2, §. 2,[20] in dem österreichi-

[18] Leyser, Medit. ad Pand. Spec. 260 med. 4, Spec. 322 med. 1, 2; Schweppe, röm. Privatrecht Bd. IV, §. 703, Note 9; Seuffert, Pand. (3. Aufl.) §. 40, Note 4; Derselbe in dessen Archiv Bd. XII, S. 46, Note 2; Heerwart im Archiv für civ. Praxis Bd. XVII, S. 85, 86; Weber, Verb. zur Beweisführung (3. Aufl.) V, §. 11 a. f., S. 83; Windscheid, Pand. Bd. I, §. 56b, Note 2, S. 122; Vergl. Sintenis, Civilrecht (1. Aufl.) Bd. III, §. 138, I, 3, S. 92; Keller, Pand. §. 410, S. 760; Vangerow, Pand. Bd. I, §. 260, Anm. 1, Ziff. 2; Puchta, Pand. §. 41; Bolley, vermischte Aufsätze Nro. 2, S. 82 ff.

[19] Seuffert, Archiv Bd. I, Nro. 162, Bd. II, Nro. 186, Bd. V, Nro. 176, Bd. X, Nro. 267, insbesondere Bd. XIX, Nro. 16 und Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. X, S. 262 ff.; Vergl. Seuffert, Archiv Bd. II, Nro. 254, Bd. VIII, Nro. 229, Bd. XI, Nro. 11, Bd. XII, Nro. 36, Bd. XVII, Nro. 115; Schletter, Jahrb. Bd. VII, S. 7; Siebenhaar, Komm. zum bürgerl. Gesetzbuch für Sachsen Bd. III, S. 105; Pufnagel, Mitth. Bd. I, S. 270, 271, 556—559; Neuffer, Zeitschrift für Rechtspflege Bd. I, S. 1 ff.

[20] „Gegen diese gesetzliche Vermuthung (daß Kinder, die während einer Ehe gezeugt oder geboren worden, von dem Manne erzeugt sind) soll der Mann nur alsdann gehört werden, wenn

Digitized by Google

ſchen allgemeinen bürgerlichen Geſetzbuch §. 158,[21] in dem ſächſiſchen bürgerlichen Geſetzbuch §. 1772[22] und in dem Züricher privatrechtlichen Geſetzbuch §. 134[23] Anerkennung gefunden.

Bei dem hieſigen Obertribunal kam die Frage der Entkräftung der für die Legitimität eines Kindes ſtreitenden Rechtsvermuthung durch den Beweis des Unterbliebenſeins geſchlechtlichen Umgangs der Ehegatten in der entſprechenden Zeit in folgenden Fällen zur näheren Erörterung und Entſcheidung:

1) Am 28. April 1831 wurde Maria B. mit Chriſtian

---

er überzeugend nachweiſen kann, daß er der Frau in dem Zwiſchenraum vom 302ten bis zum 210ten Tage vor der Geburt des Kindes nicht ehelich beigewohnt habe." Zu vergl. Entſcheidungen des Obertribunals in Berlin Bd. VIII, S. 87—97.

[21] „Wenn ein Mann behauptet, daß ein von ſeiner Gattin innerhalb des geſetzlichen Zeitraumes geborenes Kind nicht das ſeinige ſei, ſo muß er . . . . . die Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung beweiſen." Stubenrauch, Komm. Bd. I, S. 424 bemerkt hiezu, daß letzterer Beweis auch dadurch geliefert werden könne, wenn bewieſen werde, daß der Mann innerhalb der kritiſchen Zeit ſeiner Gattin nicht beigewohnt habe, ungeachtet die Beiwohnung an und für ſich möglich geweſen, weil ohne Beiwohnung eine Zeugung nicht erfolgen könne, alſo immerhin „die Unmöglichkeit der erfolgten Zeugung" nachgewieſen erſcheine. Anderer Anſicht iſt Zeiller, Komm. Bd. I, S. 350, welcher nur den Beweis der Unmöglichkeit der erfolgten Beiwohnung zulaſſen will.

[22] „Der Ehemann kann ſeine Vaterſchaft nur beſtreiten, wenn er in der Zeit vom 302ten bis zum 180ſten Tage vor der Geburt des Kindes, den Tag derſelben ungerechnet, ſeiner Ehefrau nicht ehelich beigewohnt hat." Vergl. Entwurf §. 1502 und Motive S. 360.

[23] „Ueberdem iſt der Ehemann berechtigt, gegen den ehelichen Stand eines Kindes Einſprache zu erheben, inſofern er den Beweis übernimmt, daß er während der Zeitfriſt von 300 bis auf 180 Tage vor der Geburt der Ehefrau nicht beigewohnt habe." Vergl. Bluntſchli, privatrechtl. Geſetzbuch für den Kanton Zürich Bd. I, S. 120, 121.

Digitized by Google

N. getraut, blieb aber im väterlichen Hause, ohne je mit ihrem Ehemann zusammen zu leben und nachdem schon im August 1831 auf Klage des Ehemanns der Eheprozeß begonnen hatte, wurde am 5. Februar 1834 die Ehe wieder geschieden. Unterdessen hatte die Ehefrau am 9. Januar 1832 ein Kind geboren, welches der Ehemann nicht anerkannte, indem er einwandte, daß die Ehe von ihm nicht durch ehelichen Beischlaf vollzogen worden sei, was die Ehefrau veranlaßte, auf Anerkennung der Vaterschaft zu klagen. Das Obertribunal erkannte am 26. September 1840 auf einen von der Klägerin abzuschwörenden Eid, daß ihr ihr Ehemann nach der Trauung ehelich beigewohnt habe und in den Entscheidungsgründen wurde hiezu bemerkt: die Rechtsvermuthung für die Legitimität eines während der Ehe geborenen Kindes beruhe auf der Voraussetzung, daß eine eheliche Beiwohnung wirklich stattgefunden habe, wie dieß schon aus den Worten des Gesetzes l. 12 D. de statu hom. (1, 5) abzuleiten sei. Daß diese Voraussetzung nicht vorhanden sei, habe aber der Ehemann nachzuweisen. Derselbe habe sich im vorliegenden Falle auf die Verhandlungen in dem ehegerichtlichen Verfahren bezogen und die Aeußerungen ausgehoben, welche von seiner Ehefrau bei diesem Verfahren hinsichtlich des Beginnens ihres ehelichen Lebens, sowie hinsichtlich der Sorge für das Kind, mit welchem sie damals schwanger gewesen, gemacht worden seien. Wenn nun gleich diese Aeußerungen nicht so beschaffen seien, daß dadurch der von dem Beklagten zu liefernde Beweis als hergestellt betrachtet werden könne, so werde doch die dem Anspruch der Klägerin zu Grunde liegende rechtliche Vermuthung durch jene Thatsachen in Verbindung mit allen sonst vorliegenden Umständen einigermaßen geschwächt, so daß es nothwendig und angemessen erschienen, der Klägerin über das Vorhandensein der Voraussetzung, unter welcher jene Rechtsvermuthung bestehe, einen Eid aufzulegen, was um so weniger Anstand habe finden können, als dem Beklagten zum Beweise der frag-

Digitized by Google

lichen Thatsache ein anderes Beweismittel als das der Eideszuschiebung nicht zu Gebote stehe.[24]

2) Am 7. Mai 1861 trat Agathe E. von R. mit dem Weingärtner Johannes Sp. von da in die Ehe, verließ aber in Folge fortwährender Zwistigkeiten schon am 7. Juni 1861 ihren Ehemann wieder. Während der hierauf eingeleiteten ehegerichtlichen Verhandlungen, welche das feindselige Verhältniß der Ehegatten klar an den Tag legten und die Ehe als eine zusammengekuppelte und erzwungene darstellten, ergab sich, daß die Ehefrau schwanger war, was den Ehemann veranlaßte, sie des Ehebruchs mit ihrem früheren und jetzigen Geliebten, dem Polizeidiener G., anzuklagen, indem er geltend machte, daß er selbst mit seiner Ehefrau den Beischlaf niemals ausgeübt habe. Die Ehefrau gab zu, mit ihrem Ehemanne den Beischlaf niemals vollzogen zu haben, was sie nach den Angaben ihrer Mutter auch dieser schon früher gesagt hatte; sie läugnete aber eine Verletzung der ehelichen Treue und gab, da sie ihre Schwangerschaft nicht läugnen konnte, vor, daß sie von einer unbekannten Mannsperson genothzüchtigt worden sei. Am 9. Mai 1862 gebar die Sp.'sche Ehefrau ein Kind männlichen Geschlechtes, welches in dem Taufregister als unehelich geboren eingetragen wurde und am 18. Juni 1862 wurde die Ehe wegen Ehebruchs der Ehefrau geschieden, ohne daß jedoch über den Ehebruch Weiteres erhoben worden. Das Kind blieb bei der Mutter und am 1. Januar 1866 erhob diese gegen den Polizeidiener G. Klage

[24] Der zuletzt angeführte Grund wird als verfehlt bezeichnet werden müssen; denn, da der Klägerin die Rechtsvermuthung zur Seite stand, so konnte der dem Beklagten obliegende Gegenbeweis unmittelbar durch Eideszuschiebung nicht geführt werden und ein Eid der Klägerin nur dann in Frage kommen, wenn so erhebliche Anzeigen gegen die Vaterschaft des Beklagten aus den Umständen sich entnehmen ließen, daß dadurch die Rechtsvermuthung so weit entkräftet wurde, um einen richterlichen Eid zu rechtfertigen. Hierauf weist der erste Grund der Obertribunalentscheidung hin und auf diesen Grund hätte sich daher beschränkt werden sollen.

Digitized by Google

auf Alimentation des Kindes, indem sie nunmehr den G. als dessen Vater bezeichnete und ihr bisheriges Zuwarten damit erklärte, daß G. ihr die Heirath versprochen gehabt habe. G. zog die Vaterschaft in Abrede und das Gericht erster Instanz wies die Klage auf Grund der für die eheliche Geburt streitenden Rechtsvermuthung ab, welche nur durch den Gegenbeweis der Unmöglichkeit des Beischlafs des Ehemannes mit seiner Frau zur entscheidenden Zeit entkräftet werden könne, während in vorliegendem Falle eine solche Unmöglichkeit nicht einmal behauptet sei. Das Gericht zweiter Instanz, der Gerichtshof zu Tübingen, erkannte am 17. November 1866 auf einen von der Klägerin abzuschwörenden Eid, daß sie in der kritischen Zeit nur mit dem Beklagten und nicht mit ihrem Ehemann sich fleischlich vermischt habe und die Entscheidungsgründe besagen hierüber Folgendes:

„Beklagter Seits wird gegen die Klage eingewendet, daß innerhalb desjenigen Zeitraums, innerhalb dessen das Kind der Klägerin erzeugt sein kann, diese noch in der Ehe mit Johannes Sp. gelebt habe und deßhalb nach gesetzlicher Bestimmung das Kind als das eheliche Kind des Johannes Sp. anzusehen sei. Nun steht allerdings diese gesetzliche Vermuthung, welche nicht blos zu Gunsten des Kindes eingeführt ist,[25] dem Beklagten zur Seite; allein dieselbe kann, nachdem der Ehemann der Klägerin die Anerkennung des Kindes verweigert hat,[26] durch den Gegen-

---

[25] Schröter, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. V, S. 312; Heerwart im Archiv für civil. Praxis Bd. XVII, S. 86 f.; Entscheid. des OAG. zu Dresden in Seuffert's Archiv Bd. II, Nro. 186; Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart vom 25. Februar 1846 in der Appellationssache G. c. K.. Der entgegengesetzten Ansicht folgt eine Entscheidung des OAG. zu Jena vom 7. Juli 1835 in Seuffert's Archiv Bd. IV, Nro. 234.

[26] Entsch. des OAG. zu Celle vom 21. Mai 1819 in Seuffert's Archiv Bd. V, Nro. 292 und des OAG. zu Jena vom 29. Juli 1842 in Seuffert's Archiv Bd. VI, Nro. 46,

Digitized by Google

beweis, daß das Kind nicht von dem Ehemann erzeugt sein könne, widerlegt werden. Bei diesem Gegenbeweise aber ist die Klägerin nicht auf den Beweis der Unmöglichkeit des Beischlafs zwischen den Ehegatten in der kritischen Zeit beschränkt, sondern es ist ihr gestattet, auch auf andere Weise, unter Darlegung genügender Erklärungsgründe, nachzuweisen, daß der Ehemann seiner Frau in der kritischen Zeit nicht beigewohnt habe. Die hiefür entscheidende Gesetzesstelle — l. 6 D. de his, qui sui (1, 6) — besagt nämlich im Eingange, daß der Ehemann, welcher lange Zeit, d. h. jedenfalls während der kritischen Zeit, abwesend war, dergestalt, daß er seiner Frau nicht ehelich beiwohnen konnte, das während seiner Abwesenheit erzeugte Kind nicht als das seinige anzuerkennen habe. Sodann wird der Ausspruch eines Juristen berichtet, daß es nicht zu dulden sei, daß Derjenige, der beständig mit seiner Frau zusammengelebt habe, das von seiner Ehefrau geborene Kind nicht als das seinige anerkennen wolle. Dieser Ausspruch wird jedoch im weiteren Verlaufe der Gesetzesstelle nicht in seinem ganzen Umfange gebilligt. Es wird vielmehr gesagt, daß auch das im Hause und ohne jegliche Verheimlichung von der Ehefrau geborene Kind kein eheliches sei, wenn

---

wonach die Alimentenklage der Ehefrau gegen den angeblichen außerehelichen Vater ihres in der Ehe innerhalb der kritischen Zeit geborenen Kindes in so lange zurückgewiesen wurde, als nicht feststehe, daß der Ehemann die Anerkennung der Vaterschaft zu dem Kinde verweigere. Weiter noch geht eine Entscheidung des OAG. zu München vom 15. Januar 1847, wodurch ausgesprochen wurde, daß eine Ehefrau gegen den angeblichen außerehelichen Vater ihres in der Ehe geborenen Kindes auf Anerkennung der Vaterschaft und Ernährung des Kindes nicht klagen könne, so lange nicht in einem Rechtsstreite zwischen dem Ehemann und dem Kinde, welchem er die Anerkennung versage, jener auf Grund des zur Evidenz geführten Beweises, daß er nicht Vater sein könne, von der Pflicht zur Anerkennung der Vaterschaft losgesprochen sei. Vergl. auch Seuffert, Archiv Bd. V, Nro. 176; Bd. VIII, Nro. 263; Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. X, S. 265, 267, 268.

Digitized by Google

entweder gewiß sei, daß der Ehemann eine Zeit lang, d. h. während der kritischen Zeit, der Ehefrau nicht ehelich beigewohnt habe, sei es wegen Krankheit oder aus einem anderen Grunde, oder wenn der Ehemann während der kritischen Zeit zeugungsunfähig gewesen sei. Hiemit stimmt im Grundsatze überein l. 29, §. 1 D. de probationibus (22, 3), welche zwar einerseits die Angabe der Mutter, daß ein während bestehender Ehe erzeugtes Kind nicht von dem Ehemann herrühre, für unverbindlich erklärt, aber andererseits sich dafür ausspricht, daß der wahre Sachverhalt entscheidend sei, so daß also auch die rechtliche Vermuthung der Wahrheit weichen muß. Wer die gesetzlich zu vermuthende eheliche Geburt bestreitet, kann sich somit darauf berufen, daß der Ehemann während des entscheidenden Zeitraumes seiner Frau nicht ehelich beigewohnt habe und er wird hiemit nicht nur dann gehört, wenn er die Unmöglichkeit eines Beischlafs des Ehemanns wegen Abwesenheit und dieser gleichstehenden Hinderungsgründe, oder dessen Unvermögen zum Beischlaf beweisen kann, sondern er kann seine Behauptung auch auf andere Weise, abgesehen von einer Eideszuschiebung an die Mutter, deren Geständniß der gesetzlichen Vermuthung gegenüber nicht entscheidet, also insbesondere durch zusammentreffende Anzeigen beweisen, welche dem Richter die Ueberzeugung, daß kein Beischlaf der Gatten stattgefunden habe, begründen,[27] und selbst ein

[27] In ähnlicher Weise hat der Gerichtshof zu Tübingen in einer Entscheidung vom 6/12. Juli 1861 in der Appellationssache Sch. c. Sch. ausgesprochen, der Gegenbeweis gegen die Rechtsvermuthung: „Pater est, quem nuptiae demonstrant“ könne zwar, wie aus der l. 6 D. de his qui sui (1, 6) hervorgehe und auch nach dem Zwecke des Gesetzes anzunehmen sei, nur durch den Beweis der physischen Unmöglichkeit einer ehelichen Zeugung erbracht werden. Diese sei aber damit behauptet, wenn geltend gemacht werde, daß der Ehemann ein Jahr lang von der Geburt des Kindes an rückwärts, obwohl nicht immer räumlich von seiner Ehefrau getrennt, sich doch des Beischlafs mit derselben gänzlich enthalten habe. Denn es sei die Zeugung des Kindes durch den Ehemann nur in

Digitized by Google

Erfüllungseid eines der Ehegatten ist hier nicht ausgeschlossen. Dieser Beweis wird ihm allerdings nicht gelingen können, wenn er nicht zugleich — der aus dem ehelichen Verhältnisse sich ergebenden faktischen Vermuthung gegenüber, daß der Beischlaf auch in der entscheidenden Zeit stattgehabt habe — einen Grund darthut, der sattsam erklärt, warum der Ehemann, obwohl dieß an sich möglich gewesen, doch der Ehefrau nicht beigewohnt habe. Als ein solcher Grund kommt nicht nur der vom Gesetze angeführte Fall der Krankheit in Betracht, sondern es können hiezu auch andere Umstände, wie namentlich die faktische Trennung der Eheleute in Folge von Dissidien, zumal wenn sich die Ernstlichkeit der Abneigung durch nachherige Scheidung bewährt hat, dienen. Diese den Worten des Gesetzes und den realen Lebensverhältnissen gleich entsprechende Auffassung, bei welcher überall nur die der richterlichen Erkenntniß zugängliche Thatsache des Beischlafs in Frage ist, steht auch keineswegs im Widerspruch mit den höheren Rücksichten, welche die Aufstellung der Rechtsvermuthung der ehelichen Geburt beim Bestehen der Ehe in dem entscheidenden Zeitraume veranlaßt haben, der Sorge nämlich für die Ruhe der Familien und für die Sicherheit der Rechte der Kinder, da ja ein überzeugender Beweis, daß ein Beischlaf nicht stattgefunden habe, der bei Berücksichtigung des Grundes der Enthaltung ganz wohl möglich ist, gefordert wird. — In vorliegendem Falle ist nun als feststehend zu betrachten, daß die Sp.'schen Eheleute, welche am 7. Mai 1861 in die Ehe getreten sind und am 18. Juni 1862 wieder ge-

Folge eines von demselben mit der Mutter in dem kritischen Zeitraume gepflogenen Beischlafs möglich, was auch die l. 6 cit. in den Worten: „si constat maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, . . . filium non esse“ klar ausdrücke. Ebenso hat der Gerichtshof zu Tübingen am 31. August 1866 in der Appellationssache Schl. c. Sch. ausgesprochen, das während der Ehe gezeugte und geborene Kind sei in so lange als ehelich anzusehen, als nicht der Nachweis der physischen Unmöglichkeit der Zeugung durch den Ehemann erbracht sei.

Digitized by Google

schieden wurden, schon vom 7. Juni 1861 an faktisch getrennt, d. h. in abgesonderter Wohnung gelebt haben, also insbesondere auch während der Zeit vom 14. Juli bis 9. November 1861, während deren nach richtiger Berechnung[28] das Kind der Klägerin empfangen sein kann. Zugleich ergeben die Akten, daß das Verhältniß zwischen beiden Gatten ein durchaus feindseliges war. Hiedurch ist zwar, da beide Eheleute in derselben Stadt blieben, die Möglichkeit einer in der kritischen Zeit stattgehabten ehelichen Beiwohnung nicht ausgeschlossen, aber es ist für die klägerische Behauptung, daß eine solche in Wirklichkeit nicht stattgefunden habe, ein durchaus genügender Erklärungsgrund dargethan und diese Behauptung selbst, zumal wenn man die so überaus kurze Dauer des Beisammenlebens und die nachgefolgte Scheidung in's Auge faßt, in nicht geringem Grade wahrscheinlich gemacht. Dazu kommt das von der Klägerin im ehegerichtlichen Prozesse abgelegte Geständniß, daß sie mit ihrem Ehemann niemals den Beischlaf vollzogen habe und von einer anderen Mannsperson geschwängert worden sei. Allerdings kann nach gesetzlicher Bestimmung — l. 11, §. 9 D. ad leg. Jul. de adult. (48, 5), l. 29, §. 1 D. de probat. (22, 3) — weder der Beweis eines Ehebruchs der Mutter, noch deren Angabe, daß das von ihr geborene Kind nicht von ihrem Ehemann herrühre, dem Kinde in Betreff seines Anrechts, als eheliches zu gelten, präjudiziren und somit auch Dritten gegenüber nicht von bestimmender Wirkung sein. Allein damit ist dem Geständniß der Mutter keineswegs jede Beweiskraft, sondern nur die formelle Verbindlichkeit abgesprochen; l. 29, §. 1 cit.: „veritati locum superfore.“ Es kann somit das Geständniß der Mutter, soweit es nach den Umständen, unter welchen es erfolgt, innere Wahrscheinlichkeit für sich hat, als Anzeige in Betracht kommen.[29] In gegen-

[28] Württ. Archiv Bd. II, S. 410.

[29] Puchta, Vorlesungen (5. Aufl.) Bd. I, S. 95; Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. X, S. 267, 268.

Digitized by Google

wärtigem Falle nun hätte die Klägerin, welche noch am 28. November 1861 jede Verletzung der ehelichen Treue in Abrede zog, später, als sie ihre Schwangerschaft nicht mehr läugnen konnte, gewiß allen Anlaß gehabt, dem auf die Thatsache ihrer Schwangerschaft gegründeten Vorwurfe des Ehebruchs mit der Berufung auf einen ehelichen Beischlaf zu begegnen, wenn sie einen solchen der Wahrheit gemäß hätte behaupten können. Wenn sie gleichwohl zugestand, daß ihr Mann nie den Beischlaf mit ihr vollzogen habe, dabei aber doch die Beschuldigung eines Ehebruchs mittelst der Behauptung, daß ihr von einem Dritten Gewalt angethan worden sei, von sich abzuwenden suchte, so spricht, zumal an eine Beziehung der damaligen Angaben zu den jetzigen Ansprüchen an den Beklagten nicht zu denken ist, in der That die höchste Wahrscheinlichkeit dafür, daß in der kritischen Zeit ein Beischlaf mit dem Ehemann nicht stattgefunden habe, wie auch der letztere, der allerdings als bei der Sache unmittelbar betheiligt, im gegenwärtigen Prozesse nicht als Zeuge zugelassen werden kann, sich dahin erklärt hat, daß er mit seiner Ehefrau den Beischlaf nie vollzogen habe. Bei dem Zusammentreffen aller dieser Umstände, welche auch bei dem mit Führung des Civilstandsregisters betrauten Geistlichen und bei dem Eherichter einen Zweifel, daß das Kind außerehelich erzeugt sei, nicht aufkommen ließen, erscheint es gerechtfertigt, die Klägerin zur Ergänzung des Beweises, daß dieselbe in der kritischen Zeit sich niemals mit ihrem Ehemanne fleischlich vermischt habe, zum Eide zuzulassen. Wird durch Leistung dieses Eides die vom Beklagten geltend gemachte Präsumtion ehelicher Geburt widerlegt, so erscheint der zur Behauptung eines Beischlafs der Klägerin mit dem Beklagten innerhalb der kritischen Zeit diesem zu- und von ihm der Klägerin zurückgeschobene Eid als erheblich." —

Das Obertribunal bestätigte unter dem 29. Mai 1867 das Erkenntniß des Gerichtshofes, indem in den Entscheidungsgründen Folgendes ausgeführt wurde:

Digitized by Google

„Nach der in den Gesetzen[30] aufgestellten Rechtsvermuthung: „Pater is est, quem nuptiae demonstrant“ ist ein Kind als ein eheliches zu betrachten, wenn die Mutter innerhalb desjenigen Zeitraums, in welchem nach der in den Gesetzen angenommenen Möglichkeit der Schwangerschaftsdauer das Kind erzeugt worden sein kann, in der Ehe gelebt hat. Diese Rechtsvermuthung beruht jedoch der Natur der Sache nach, und wie auch aus der l. 6 D. de his qui sui (1, 6) erhellt, wesentlich auf der in dem Begriffe und Charakter der Ehe gegründeten Unterstellung eines in der kritischen Zeit zwischen den Ehegatten stattgefundenen Beischlafs, da nur in diesem Falle eine Erzeugung des Kindes durch den Ehemann überhaupt möglich ist. Trifft diese Unterstellung im einzelnen Falle nicht zu, wird der Beweis hergestellt, daß eine geschlechtliche Vermischung zwischen den Ehegatten in der kritischen Zeit nicht stattgefunden hat, so muß daher auch die Rechtsvermuthung in sich zusammenfallen, da ihr in diesem Falle der Boden entzogen und die Unmöglichkeit der Erzeugung des Kindes durch den Ehemann dargethan ist. Dieß ist auch in der l. 6 D. cit. klar ausgesprochen, indem hienach nicht nur eine Abwesenheit des Ehemanns, welche die Möglichkeit eines Beischlafs mit seiner Ehefrau während der kritischen Zeit ausschließt, die für die Legitimität des von der Ehefrau geborenen Kindes streitende Rechtsvermuthung entkräften soll, sondern weiter auch in den Worten: „mihi videtur, si constat, maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, . . . hunc, qui in domo natus sit, . . . filium non esse“ überhaupt der Beweis, daß der Ehemann in der kritischen Zeit seiner Ehefrau nicht ehelich beigewohnt habe, als genügend zu Entkräftung der für die Legitimität des Kindes streitenden Rechtsvermuthung erklärt ist. Allerdings soll die Verneinung des Geschlechtsumgangs der

[30] l. 5 D. de in jus vocando (2, 4); vergl. l. 12 D. de statu hom. (1, 5), l. 3, §. 11, 12 D. de suis (38, 16).

Digitized by Google

Ehegatten während der kritischen Zeit nur dann Beachtung finden, wenn diese Verneinung in einer Weise thatsächlich begründet wird, daß sich dadurch das Unterbleiben des ehelichen Beischlafs als eine Folge der von der normalen ehelichen Lebensgemeinschaft abweichenden Verhältnisse darstellt; es muß eine äußere Veranlassung und Ursache des Unterbliebenseins der Beischlafsvollziehung, absentia, infirmitas vel alia causa, namhaft gemacht werden, was in der Rücksicht auf die Heiligkeit der Ehe und des Familienlebens und in der Nothwendigkeit, den Rechtsstand der Kinder vor leichtsinniger Bezweiflung zu schützen, seinen natürlichen Erklärungsgrund findet. Allein davon, daß der Gegenbeweis gegen die fragliche Rechtsvermuthung nur durch den Beweis der physischen Unmöglichkeit des Beischlafs zwischen den Ehegatten in der fraglichen Zeit hergestellt werden könne, ist in der l. 6 D. cit. überall keine Rede; vielmehr begreift das Gesetz alle Fälle, in welchen eine geschlechtliche Vermischung der Ehegatten in der kritischen Zeit erwiesenermaßen nicht erfolgt ist, möge nun die eheliche Beiwohnung wegen Abwesenheit oder wegen Schwäche des Ehemanns oder aus einem anderen Grunde unterblieben sein. Daß unter den anderen Gründen des Unterbleibens der ehelichen Beiwohnung, von welchen das Gesetz redet, nur solche Gründe zu verstehen seien, welche die Beischlafsvollziehung in der fraglichen Zeit als physisch unmöglich darstellen, läßt sich aus der vorliegenden Gesetzesstelle nicht ableiten, ja es sprechen die Worte des Gesetzes geradezu dagegen, da hienach auf das „non concubuisse“, also auf die Thatsache, daß kein Beischlaf stattgefunden habe, nicht aber darauf, daß ein Beischlaf nicht habe stattfinden können, das entscheidende Gewicht gelegt ist. Auch wird unmittelbar zuvor die einfache Verläugnung eines Kindes durch den Ehemann, ohne das nachher erwähnte Hinzutreten besonderer für die Unterlassung des ehelichen Beischlafs sprechenden Gründe (infirmitas vel alia causa), nur in dem Falle für unstatthaft erklärt, wenn der Ehemann „cum uxore sua

Digitized by Google

assidue moratus est", wenn somit die Eheleute in derjenigen, nach §. 1 J. de patr. potestate (1, 9) das Wesen der Ehe bildenden, andauernden und umfassenden Lebensgemeinschaft gestanden haben, welche die Annahme stattgehabten Geschlechtsumgangs derselben rechtfertigt,[31] woraus umgekehrt darauf zu schließen ist, daß, wenn das Verhältniß zwischen den Ehegatten nicht von der bezeichneten normalen Art ist, sondern vielmehr als ein solches sich darstellt, welches für sich schon die Behauptung unterbliebener ehelicher Geschlechtsgemeinschaft zu begründen geeignet ist, die Verläugnung eines Kindes durch den Ehemann einer weiteren thatsächlichen Begründung der behaupteten Nichtbeiwohnung nicht bedarf. Es findet diese Gesetzesauslegung auch darin noch weitere Unterstützung, daß das Gesetz ohne Rücksicht darauf, ob ein Beischlaf der Ehegatten in der kritischen Zeit stattgefunden hat, die Rechtsvermuthung für die Legitimität des Kindes dann ausschließt: „si ea valetudine paterfamilias sit, ut generare non possit", wenn somit die Zeugungsunfähigkeit des Ehemanns in der entsprechenden Zeit dargethan wird, welche bekanntlich vorhanden sein kann, ohne daß die Fähigkeit zum Beischlaf aufgehoben wird. Hiemit ist ausgesprochen, daß die Rechtsvermuthung ausgeschlossen sein soll, wenn nur die Unmöglichkeit der Erzeugung des Kindes durch den Ehemann dargethan ist, und dieß trifft, wie bei dem Beweise der Zeugungsunfähigkeit, ebenso bei dem Beweise zu, daß ein Beischlaf der Ehegatten in der kritischen Zeit thatsächlich nicht stattgefunden hat, ohne daß es eines Beweises der physischen Unmöglichkeit des Beischlafs in der entscheidenden Zeit bedürfte. Wie aber hienach der Wortlaut des Gesetzes gegen eine Beschränkung des Gegenbeweises gegen die fragliche Rechtsvermuthung auf den Beweis der Unmöglichkeit des Beischlafs innerhalb der kritischen Zeit spricht, so fehlt

[31] Seuffert, Archiv Bd. X, Nro. 267; Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. X, S. 263 f.

Digitized by Google

es auch an inneren Gründen für die Annahme einer solchen Beschränkung. Denn wenn geltend gemacht wird, daß durch die Zulassung des Beweises, der Ehemann habe in der kritischen Zeit seiner Ehefrau nicht beigewohnt, der auf Beseitigung der Unsicherheit der Vaterschaft gerichtete Zweck des Gesetzes bei Aufstellung der fraglichen Rechtsvermuthung vereitelt werde, so kommt hiegegen in Betracht, daß durch die Zulassung des Beweises der Nichtbeiwohnung des Ehemanns die Vaterschaft nicht unsicherer gemacht wird, als durch die unbestrittene Zulassung des Beweises eines die Möglichkeit des Beischlafs ausschließenden Schwächezustandes, infirmitas, sowie der Zeugungsunfähigkeit des Ehemanns, da derartige Zustände häufig sehr zweifelhafter Natur sind und ihre Beurtheilung von wandelbaren und subjektiven Ansichten der Sachverständigen mehr oder weniger abhängt, so daß ein sicherer Beweis derselben in vielen Fällen weniger ermöglicht sein wird, als dieß bezüglich der Frage, ob ein Beischlaf der Ehegatten in der fraglichen Zeit stattgefunden, ihrer Natur nach der Fall ist. Es erscheint daher die von Manchen aufgestellte Rechtsansicht, daß nur physische Unmöglichkeit der Beischlafsvollziehung zum Gegenbeweise gegen die Legitimitätsvermuthung geeignet sei, nicht als haltbar, vielmehr kann der Gegenbeweis auch durch den Nachweis des Unterbliebenseins der ehelichen Beiwohnung während der kritischen Zeit geführt werden.

Da das Kind der Klägerin am 9. Mai 1862 geboren ist, so muß dasselbe nach der in den Gesetzen für den Beweis der Legitimität ehelicher Kinder angenommenen und durch konstanten Gerichtsgebrauch auch bei der Frage von der Vaterschaft zu außerehelichen Kindern zu Grund gelegten Schwangerschaftsdauer in dem Zeitraume vom 14. Juli bis 9. November 1861 erzeugt worden sein. Daß in dieser Zeit ein Geschlechtsumgang zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann nicht stattgefunden hat, dafür spricht aber, daß die Klägerin, welche am 7. Mai 1861 mit ihrem Ehemann in die Ehe getreten war, nach Ausweis der vor dem Ehe-

Digitized by Google

gerichte sowohl, als vor dem Kriminalgerichte gepflogenen Verhandlungen schon am 7. Juni 1861 die Wohnung ihres Ehemanns wieder verlassen hat, ohne bis zu der am 18. Juni 1862 erfolgten Scheidung der Ehe zu ihm zurückzukehren. Hiezu kommt, daß diese Trennung nach Ausweis der ehegerichtlichen Verhandlung in gegenseitiger Abneigung und Feindseligkeit der beiden Ehegatten zu einander ihren Grund hatte, bei einem solchen Mißverhältnisse aber alle Wahrscheinlichkeit dagegen streitet, daß die Ehegatten nach der Trennung wieder zusammengekommen sein und den Beischlaf mit einander vollzogen haben sollten. Es haben aber weiter die Klägerin sowohl, als ihr abgeschiedener Ehemann, bei den ehegerichtlichen Verhandlungen übereinstimmend angegeben, daß sie überhaupt niemals geschlechtlichen Umgang mit einander gepflogen haben, und wenn auch diese Angabe auf Seiten des Ehemanns sich dadurch erklären ließe, daß er durch solche die gegen seine Ehefrau erhobene Beschuldigung des Ehebruchs begründen wollte, so ist andererseits eben um dieser Beschuldigung willen die dießfällige Angabe der Ehefrau von um so größerer Bedeutung, da es für sie zur Beseitigung des auf ihre Schwangerschaft gegründeten Vorwurfs des Ehebruchs am nächsten gelegen gewesen wäre, ihre Schwangerschaft aus dem geschlechtlichen Umgang mit ihrem Ehemann zu erklären, wenn ein solcher in der entsprechenden Zeit stattgefunden hätte. Daß sie es nicht gethan und, unter Einräumung der von ihrem Ehemann behaupteten Nichtbeiwohnung desselben, sich durch eine den Stempel der Erfindung an der Stirne tragende Erzählung angeblich erlittener Nothzucht vor dem Vorwurfe des Ehebruchs zu schützen suchte, verleiht ihrer Angabe hohe innere Wahrscheinlichkeit, wozu noch kommt, daß sie, nach den von ihrer Mutter vor dem Ehegericht gemachten Angaben, dieser schon vorher mitgetheilt hatte, daß sie mit ihrem Ehemann den Beischlaf niemals vollzogen habe, während für eine dießfällige Lüge der Klägerin ihrer Mutter gegenüber ein Grund nirgend abzusehen

Digitized by Google

ist. Der Beklagte wendet zwar ein, daß die Angaben der Klägerin bei den ehegerichtlichen Verhandlungen um deßwillen keinen Werth haben, weil die Klägerin damals auch den jetzt von ihr behaupteten geschlechtlichen Umgang mit dem Beklagten in Abrede gezogen habe; allein diesem Einwande steht entgegen, daß die Klägerin bei den ehegerichtlichen Verhandlungen, wo es sich um Beseitigung der gegen sie erhobenen Beschuldigung des Ehebruchs handelte, allen Grund hatte, den Umgang mit dem Beklagten in Abrede zu ziehen, und daß durch jenen Grund diese Abläugnung vollkommen erklärt ist, während eine Abläugnung des geschlechtlichen Umgangs der Klägerin mit ihrem Ehemann unter den gegebenen Umständen unerklärlich sein würde, wenn ein solcher Umgang stattgefunden hätte. Hienach erscheint die Behauptung der Klägerin, in der kritischen Zeit mit ihrem Ehemann keinen Beischlaf gepflogen zu haben, zureichend thatsächlich begründet und durch die zusammentreffenden Anzeigen jedenfalls in so weit erwiesen, um die Zulassung der Klägerin zum Ergänzungseide als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Nun wird zwar geltend gemacht, daß es nach den Bestimmungen der l. 11, §. 9 D. ad leg. Jul. (48, 5) und der l. 29, §. 1 D. de probat. (22, 3) nicht zulässig sei, den Beweis des geschlechtlichen Umgangs zwischen den Ehegatten in der kritischen Zeit von einem Eide der Ehefrau abhängig zu machen. Allein die erstere Gesetzesstelle spricht nur aus, daß durch den Beweis des Ehebruchs der Ehefrau für sich die für die eheliche Geburt des Kindes streitende Rechtsvermuthung nicht entkräftet werde, weil, wie die Gesetzesstelle besagt, die Ehefrau die Ehe gebrochen haben und das Kind dennoch den Ehemann zum Vater haben könne, was auch selbstverständlich ist, da durch den Ehebruch der Ehefrau nicht ausgeschlossen wird, daß diese auch mit dem Ehemann während der kritischen Zeit geschlechtlichen Umgang gepflogen habe, diese thatsächliche Voraussetzung der für die eheliche Geburt des Kindes streitenden Rechtsvermuthung durch die Thatsache des Ehe-

Digitized by Google

bruchs daher nicht beseitigt wird. Wie aber daraus, daß in der fraglichen Gesetzesstelle der Beweis des Ehebruchs der Ehefrau für sich allein als unerheblich für die Legitimitätsfrage erklärt wird, folgen sollte, daß ein Eid der Ehefrau über die für die Legitimitätsfrage entscheidende Frage des Beischlafs zwischen den Ehegatten in der kritischen Zeit unzulässig sei, ist nicht abzusehen. Ebenso wenig läßt sich eine solche Folgerung aus der zweiten der angeführten Gesetzesstellen ziehen; denn diese besagt zwar, daß das Geständniß der von ihrem Ehemann verstoßenen schwangeren Ehefrau, daß das in Abwesenheit des Ehemanns geborene Kind ein spurius sei, nicht unbedingt entscheide, sondern der wahre Sachverhalt maßgebend sei. Allein es findet diese Entscheidung wenn man auch darauf kein Gewicht legen will, daß es sich in gedachter Stelle von einem im Zorne abgelegten Bekenntniß (professio a matre irata facta) handelt, ihre natürliche Erklärung darin, daß die Angabe der Ehefrau, daß das Kind ein spurius sei, als ein bloßes Urtheil sich darstellt, welches als solches und ohne eine entsprechende thatsächliche Begründung die Rechtsvermuthung für die eheliche Geburt des Kindes zu erschüttern nicht geeignet ist, und es kann daher daraus nicht abgeleitet werden, daß jede Erklärung der Ehefrau auch über bestimmte für die Legitimitätsfrage entscheidende Thatsachen ohne allen Beweiswerth und ein Eid derselben über solche Thatsachen unzulässig sein solle." —

Ist durch all' Vorstehendes dargethan, daß die Rechtsvermuthung für die Legitimität eines Kindes durch den Nachweis, daß in der kritischen Zeit ein Geschlechtsumgang der Mutter mit deren Ehemann nicht stattgefunden hat, entkräftet werden kann, so bleibt nun nur noch die Untersuchung der oben weiter aufgeworfenen Frage übrig, ob der Gegenbeweis gegen die Rechtsvermuthung auch durch die physische Beschaffenheit, die Reife oder Unreife des Kindes zur Zeit seiner Geburt, geführt werden könne. Das hiesige Obertribunal hat diese Frage in allen seinen Entscheidungen

Digitized by Google

stets bejaht, indem dasselbe nicht nur, wie in einem früheren Aufsatze in diesem Archiv gezeigt worden, hinsichtlich der Rechtsvermuthung für die Erzeugung eines unehelichen Kindes, — welche nach der Annahme der Praxis gegen Denjenigen streitet, der in dem Zeitraum zwischen dem 300sten und 182sten Tage vor der Geburt des Kindes mit der Mutter desselben sich fleischlich vermischt hat, — in einer Reihe von Entscheidungen sich dahin ausgesprochen hat, daß die Rechtsvermuthung dann ausgeschlossen werde, wenn im einzelnen Falle die physische Beschaffenheit, der Grad der Reife des Kindes, mit der Vermuthung im Widerspruch stehe, sondern ebenso konstant daran festgehalten hat, daß auch der Beweis der Illegitimität eines innerhalb des gesetzlichen Zeitraums geborenen ehelichen Kindes durch dessen Reifegrad geführt werden könne.[32] Dabei ist jedoch das Obertribunal stets davon ausgegangen, daß Derjenige, welcher die Nichtanwendbarkeit der gesetzlichen Vermuthung mit Rücksicht auf die physische Beschaffenheit des Kindes zur Zeit seiner Geburt behaupte, thatsächlich zu begründen und nachzuweisen habe, daß durch jene Beschaffenheit des Kindes die Annahme seiner Erzeugung durch den Ehemann während der Dauer der Ehe ausgeschlossen werde, und in so lange, als über Reife oder Unreife des Kindes nichts Widersprechendes behauptet und erwiesen oder zugegeben sei, die gesetzliche Vermuthung gegen den Ehemann streite, wenn das Kind nicht früher als 182 Tage nach Eingehung und nicht später als 300 Tage nach Trennung der Ehe geboren sei.[33] Unter den Rechtsgelehrten, sowohl Theoretikern, als Praktikern, war die Frage von jeher sehr bestritten,[34] und dieser Streit spiegelt sich auch in der Praxis der deutschen

---

[32] Dieses Archiv Bd. II, S. 415 ff.; Bd. IX, S. 452 ff.; Seuffert, Archiv Bd. XI, Nro. 11; Bd. XX, Nro. 9; Reuffer, Zeitschrift Bd. I, S. 1 ff.

[33] Dieses Archiv Bd. II, S. 416 ff.; Seuffert, Archiv Bd. XX, S. 17 ff.

[34] Für Bejahung der Frage haben sich ausgesprochen:

Digitized by Google

Gerichte wieder, wenn gleich in einer Lübecker Entscheidung vom 30. November 1848 gesagt ist, es könne jetzt als allgemein angenommen betrachtet werden, daß ein Kind, welches in dem gesetzlichen Zeitraum von 182 Tagen nach Eingehung der Ehe geboren sei, ohne alle Rücksicht auf dessen Reife für ein eheliches gehalten, und insbesondere der Einwand, das Kind sei voll ausgetragen und könne mithin im siebenten Monat der Schwangerschaft unmöglich geboren sein, nicht zugelassen werde.[35] Allerdings haben sich für diese Ansicht außer dem Oberappellationsgerichte zu Lübeck auch die Oberappellationsgerichte zu München, zu Jena, zu Kassel und das Obergericht zu Wolfen-

Cocceji, jus civ. controv. Tom. I, p. 91, lib. I, Tit. 6, qu. 8; Hofacker, princ. jur. civ. Tom. I, §. 544; Glück, Komm. Bd. II, S. 104 ff.; Bd. XXVIII, S. 110, 133, 144; Thibaut, Pand. (8. Ausg.) §. 259; Struben, rechtl. Bedenken Thl. V, Nro. 86; Schweppe, röm. Privatrecht (4. Ausg.) Bd. IV, §. 703; Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. II, S. 581, Note h; Richter, Civilrechtssprüche S. 49; G. L. Böhmer, Rechtsfälle Thl. II, S. 707; Busch, Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen §. 217; Baur in Sarwey's Monatschrift Bd. III, S. 336 f.; Puchta, Vorlesungen (5. Aufl.) Bd. I, S. 95; Reyscher, Württ. Privatrecht Bd. I, §. 155, Note 5. Verneint wird die Frage von: Voët, Comm. ad Pand. Vol. I, Lib. I, Tit. 6, §. 4; Stryk, usus mod. Tom. I, Tit. 5, §. 13; Donellus, Comm. de jure civ. Tom. I, Lib. II, cap. XX, §. 10; Savigny, System Bd. II, S. 386 ff., S. 390 Note h, S. 410 Note bb; Göschen, Civilrecht Bd. I, S. 146; Seuffert, rechtswissensch. Abh. Nro. V, S. 111 ff.; Derselbe, Pand. Bd. I, §. 40, Note 3; Derselbe, Civilprozeß Bd. III, S. 233; Sintenis, Civilrecht Bd. III, §. 138, S. 91; Keller, Pand. S. 760; Weber, Verb. zur Beweisführung (2. Ausg.) S. 85, 105; Borst, Beweislast §. 30, S. 90; Gönner, Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen Bd. II, S. 525; Fritz, Erl. zu Wening. Bd. I, S. 137; Schwarze in Weiske's Rechtslexikon Bd. VII, S. 889; Schmid, Civilprozeß Bd. II, S. 214, Note 12; Collmann, Theorie des Beweises S. 43, 87; Schneider, Lehre vom Beweise S. 46; Spangenberg zu Struben's Bedenken Nro. 72; Windscheid, Pand. Bd. I, §. 56b, Note 3.

[35] Seuffert, Archiv Bd. XV, Nro. 98.

Digitized by Google

büttel ausgesprochen[36] und in der württembergischen Praxis ist dieselbe von dem Gerichtshofe zu Ulm in einer Entscheidung vom 10. Juli 1846, von dem Gerichtshofe zu Ellwangen in Entscheidungen vom 15. Juli 1851, 29. März 1852, 29. März 1853, 21. Mai 1858 und 12. Dezember 1862, von dem Gerichtshofe zu Tübingen in einer Entscheidung vom 20. April 1854[37] und neuerdings auch von dem Gerichtshofe zu Eßlingen in der nachher mitzutheilenden Entscheidung vom 10. September 1866, von den beiden letzteren Gerichtshöfen jedoch abweichend von früheren Entscheidungen, adoptirt worden. Dagegen wurde die Frage, in Uebereinstimmung mit dem hiesigen Obertribunal, von den Spruchkollegien zu Marburg und Heidelberg, und von dem vormaligen Oberappellationsgerichte zu Wolfenbüttel,[38] ebenso in älteren Entscheidungen des Gerichtshofs zu Eßlingen, so insbesondere vom 11. Januar 1844, deßgleichen in älteren Entscheidungen des Gerichtshofs zu Tübingen, so z. B. vom $\frac{29. \text{ April}}{2. \text{ Mai}}$ 1839 bejaht, und der Gerichtshof zu Ulm scheint sich neuerdings dieser Ansicht auch wieder angeschlossen zu haben, indem derselbe in mehreren neueren die Vaterschaft zu unehelichen Kindern betreffenden, Fällen, in welchen der Gegenbeweis gegen die Rechtsvermuthung aus dem Reifegrad des Kindes zugelassen wurde, davon ausging, daß in fraglicher Beziehung bei ehelichen und unehelichen Kindern dasselbe gelten müsse.[39]

---

[36] Klein, Annalen der Gesetzgebung Bd. VII, S. 112, 114; Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung Bd. VIII. S. 103 ff.; Bd. IX, S. 409; Seuffert, Archiv Bd. VIII, Nro. 229; Bd. XV, Nro. 98; Bd. XVII, Nro. 115; Bd. XVIII, Nro. 109.

[37] Neuffer, Zeitschrift Bd. I, S. 1—13.

[38] Seuffert, Archiv Bd. XII, Nro. 161; Gans, Zeitschrift für Civil- und Kriminalrechtspflege Bd. I, Heft 4, Nro. 27, S. 569 ff.; 588 ff.

[39] Bezüglich des Gegenbeweises gegen die durch Gewohnheitsrecht angenommene Rechtsvermuthung der Vaterschaft zu unehelichen Kindern haben übrigens die württembergischen Gerichtshöfe ebenso wie das Obertribunal stets daran festgehalten, daß die

Digitized by Google

Das Oberappellationsgericht zu Dresden hat in einer Entscheidung vom 15. Februar 1859 sich dahin ausgesprochen, daß, wenn auch der Gegenbeweis gegen die fragliche Rechtsvermuthung nicht allein durch die körperliche Beschaffenheit des Kindes bei dessen Geburt geführt werden könne, diese körperliche Beschaffenheit doch in Verbindung mit anderen stringenten Thatsachen bei dem Gegenbeweise gegen die Rechtsvermuthung eine adminikulirende Wirkung äußern könne.[40] Auch die neueren Gesetzgebungen stimmen in unserer Streitfrage nicht durchaus überein. Das preußische Landrecht Thl. II, Tit. 2 bestimmt zwar im §. 2, daß der Ehemann gegen die gesetzliche Vermuthung der Legitimität eines während der Ehe geborenen Kindes nur gehört werden solle, wenn er überzeugend nachweisen könne, daß er seiner Ehefrau in dem Zeitraum vom 302ten bis zum 210ten Tag vor der Geburt des Kindes nicht ehelich beigewohnt habe. Dagegen wird, nachdem im §. 19 bestimmt worden, daß ein Kind, welches bis zum 302ten Tage nach dem Tode des Ehemanns geboren worden, für das eheliche Kind desselben zu achten sei, im §. 21 die Beschränkung beigefügt, daß, wenn sich aus der Beschaffenheit eines zu frühzeitig geborenen Kindes ergebe, daß nach dem ordentlichen Laufe der Natur der Zeitpunkt seiner Erzeugung nicht mehr in das Leben des Ehemanns treffe, und zugleich die Wittwe eines nach seinem Tode mit anderen Mannspersonen gepflogenen verdächtigen Umganges

Rechtsvermuthung ausgeschlossen werde, wenn der Reifegrad des Kindes mit ihr im Widerspruch stehe. Vergl. dieses Archiv Bd. II, S. 415; Bd. IX, S. 454, 455 Note. — Dagegen haben die Oberappellationsgerichte zu Dresden, zu Kassel und zu Flensburg, sowie das Obergericht zu Wolfenbüttel auch bei unehelichen Geburten die Wirksamkeit der Nativitätstermine, ohne Rücksicht auf den Reifegrad des Kindes, angenommen. Seuffert, Archiv Bd. XIII, Nro. 123; Bd. XVII, Nro. 115; Bd. XVIII, Nro. 109; Bd. XX, Nro. 10.

[40] Seuffert, Archiv Bd. XIII, Nro. 123; vergl. jedoch Bd. I, Nro. 161; Bd. II, Nro. 254.

Digitized by Google

überführt werden könne, das Kind für ein uneheliches zu achten sei. Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch aber, welches im §. 138 die Vermuthung der ehelichen Geburt für diejenigen Kinder aufstellt, welche im siebenten Monate nach geschlossener Ehe oder im zehnten Monate nach deren Trennung von der Ehefrau geboren werden, bestimmt im §. 158 nur im Allgemeinen, daß der Ehemann, welcher behaupte, daß ein von seiner Gattin innerhalb des gesetzlichen Zeitraums geborenes Kind nicht das seinige sei, die Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung beweisen müsse, und auf den Grund dieser Bestimmung besteht in Oesterreich dieselbe Streitfrage, wie auf dem Boden des gemeinen Rechtes, indem die Einen geltend machen, daß der Beweis der Unmöglichkeit der von dem Ehemann erfolgten Zeugung auch dadurch geführt werden könne, daß z. B. die Sachverständigen erklären, daß das im siebenten Monate nach Eingehung der Ehe geborene Kind ein vollkommen ausgetragenes sei, also wenigstens acht Monate im Mutterleibe zugebracht haben müsse,[41] während Andere behaupten, es sei der Gegenbeweis darauf zu beschränken, daß es dem Ehemann wegen körperlicher Beschaffenheit oder wegen ununterbrochener Abwesenheit unmöglich gewesen sei, während des gesetzlichen Zeitraums seiner Ehefrau beizuwohnen.[42] In dem Code civil Art. 312 ist letzteres allerdings bestimmt, indem hienach gegen die Rechtsvermuthung in Frage nur der Beweis zugelassen wird, daß es dem Ehemann wegen Abwesenheit oder durch irgend einen Zufall physisch unmöglich gewesen sei, seiner Ehefrau in der Zeit zwischen dem 300sten und 180sten Tage vor der Geburt des Kindes beizuwohnen,[43]

[41] Stubenrauch, Komm. Bd. I, S. 425, welcher sich dabei auf ein Urtheil des obersten Gerichtshofes zu Wien beruft, wodurch der erwähnte Beweis durch Sachverständige für zulässig erklärt worden sei.

[42] Zeiller, Komm. Bd. I, S. 350.

[43] Zachariä, Handbuch des französ. Civilrechts (3. Aufl.) Bd. III, §. 546.

Digitized by Google

wobei im Art. 313 noch weiter bestimmt ist, daß der Ehemann nicht berechtigt sei, unter Anführung seines natürlichen Unvermögens das Kind zu verläugnen. Gleichlautend ist das badische Landrecht Art. 312. Das Civilgesetzbuch für den Kanton Bern, Satzung 144, läßt gleichfalls eine Anfechtung des ehelichen Standes eines während der Ehe oder binnen 300 Tagen nach deren Trennung von der Ehefrau geborenen Kindes nur dann zu, wenn der Ehemann den Beweis übernimmt, daß es ihm von dem 300sten bis zu dem 180sten Tage, von der Geburt des Kindes rückwärts zu zählen, physisch unmöglich gewesen, seiner Frau beizuwohnen, und dieselbe Bestimmung enthalten das Civilgesetzbuch für den Kanton Luzern §. 58, das Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn Thl. I, Hauptstück 1, §. 244 und das Civilgesetzbuch für den Kanton Aargau §. 158, welch' letzteres übrigens im §. 161 in gleicher Weise, wie der Art. 313 des Code civil, noch die weitere Beschränkung beifügt, daß wegen Unvermögens, die eheliche Pflicht zu leisten, die Ehelichkeit des Kindes nicht angefochten werden könne. Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich §. 134 läßt die Rechtsvermuthung nur durch den Beweis, daß der Ehemann in der Zeit zwischen dem 300sten und 180sten Tage vor der Geburt des Kindes seiner Ehefrau nicht beigewohnt habe, entkräften, und hiemit stimmt auch das sächsische bürgerliche Gesetzbuch §. 1772 überein, nur daß hier die kritische Zeit auf den Zeitraum zwischen dem 302ten und 182sten Tage vor der Geburt des Kindes ausgedehnt ist. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen Abth. I, Tit. 3, Art. 1—5 gestattet nur den Nachweis der Unmöglichkeit der Beiwohnung des Ehemanns wegen Entfernung oder äußerlich erkennbaren Unvermögens.

Ergibt sich hieraus, daß sowohl in der Theorie, als in der gemeinen deutschen, wie in der württembergischen Praxis, und selbst in der neueren Gesetzgebung keine Uebereinstimmung darüber herrscht, ob der Beweis der Illegitimität eines

Digitized by Google

Kindes durch deſſen Reifegrad geführt werden könne, ſo wird es keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen, wenn zur weiteren Beleuchtung der Streitfrage in Folgendem einige noch nicht veröffentlichte Mittheilungen aus der württemb. Praxis insbeſondere des Obertribunals gegeben werden.

Nachdem das Obertribunal in mehrfachen Entſcheidungen den am $\frac{17. \text{ April}}{10. \text{ Juli}}$ 1838 in das Präjudizienbuch eingetragenen Satz zur Anwendung gebracht hatte, daß die für die Legitimität eines Kindes ſtreitende Rechtsvermuthung durch den Beweis einer ihr widerſprechenden phyſiſchen Beſchaffenheit des Kindes entkräftet werden könne, wurden aus Anlaß der Entſcheidung der Appellationsſache G. c. G. Zweifel dagegen erhoben, welche Veranlaſſung gaben, die Frage der Zuläſſigkeit jenes Gegenbeweiſes am 16. Mai 1845 in voller Verſammlung des Civilſenats des Obertribunals zur erneuerten Berathung zu bringen. Hiebei wurde für die Verneinung der Frage im Weſentlichen geltend gemacht:

„Als eigentliche Diſpoſitive der in Betracht kommenden Geſetze — l. 12, D. de statu hom. (1, 5) und l. 3, §. 11, 12, D. de suis (38, 16) — könne man nur die Sätze betrachten: „credendum est, eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse," „de eo, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, justo tempore videri natum," „post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem." Die in dem Geſetze angeführte Anſicht des Hyppokrates über eine ſchon damals beſtrittene phyſiologiſche Frage ſei nur das Motiv des Geſetzgebers zu Aufſtellung jener Rechtsvermuthung, wobei es darauf, was Hyppokrates unter partus perfectus verſtanden, ob ein blos lebensfähiges oder ein reifes Kind, und ob ſeine Anſicht nach den neueren Forſchungen und dem gegenwärtigen Stande der Phyſiologie richtig ſei, nicht anzukommen ſcheine. Der Geſetzgeber habe, da die Vaterſchaft ſtets in ein undurchdringliches Dunkel gehüllt geweſen und bleiben werde, mittelſt jener Rechtsvermuthung den in der Ehe erzeugten Kindern es möglich

Digitized by Google

machen wollen, ihren Vater zu erkennen und in Anspruch zu nehmen. Eine mathematische Gewißheit sei nie erreichbar, selbst die Physiologen und Aerzte seien von jeher und noch jetzt verschiedener Ansicht über die äußersten Grenzen von Früh- und Spätgeburten, und diesem Zustande von Ungewißheit, welcher nie die Gefahr ausschließe, daß einem Theile Unrecht geschehe, habe das Gesetz durch seine Regel begegnen wollen. Bei der natürlichen Ungewißheit der Vaterschaft unterliege der Ehemann von dem Augenblicke an, da er in die Ehe trete, der Möglichkeit der Gefahr, ein fremdes Kind als das seinige anerkennen zu müssen und kein Gesetz vermöge ihn dagegen zu schützen. Viel höhere Interessen stehen aber bei Mutter und Kind auf dem Spiele; für jene sei die gerichtliche Illegitimitätserklärung des Kindes zugleich ein, ihr Lebensschicksal entscheidendes, ehrenrühriges Verdammungsurtheil und dem Kinde entziehe sie die wichtigsten Ehren- und Vermögensrechte. Der von dem römischen Gesetzgeber gefundene Ausweg aus diesem Labyrinthe scheine daher, wenn er auch mit den Naturgesetzen nicht im Einklang stehen möge, doch am meisten dem Rechte und der Billigkeit zu entsprechen und durch das höhere Interesse des Staates, die Zahl der außerehelichen Kinder möglichst zu vermindern, gerechtfertigt zu sein. Die Zulassung des Gegenbeweises gegen die Rechtsvermuthung aus der körperlichen Beschaffenheit des Kindes zur Zeit seiner Geburt würde zu schrankenloser Unsicherheit und Willkür führen. Noch jetzt seien die Ansichten der Aerzte und Physiologen über die Früh- und Spätgeburten und die dabei möglichen anomalen Fälle äußerst schwankend und widersprechend. [44] Wessen individuelle Ansicht über die Frage, ob eine gewisse Früh- oder Spätgeburt noch in den Gränzen der Möglichkeit liege, solle nun für den Richter maßgebend sein? Am Ende

[44] Berufung auf Savigny, System Bd. II, S. 390; Henke, Abh. aus dem Gebiete der gerichtlichen Medizin Bd. III, S. 241 bis 307; zu vergl. Glück, Komm. Bd. XXVIII, S. 129, 140.

Digitized by Google

würde, da nur in seltenen Fällen ein Kind bei der Geburt von Sachverständigen besichtigt werde, Alles der oberflächlichen Beschauung und Beurtheilung einer unwissenden Dorfhebamme oder eines Barbiers, welche bei der Geburt anwesend gewesen und deren Angaben über die Beschaffenheit des Kindes dem medicinischen Gutachten zu Grunde gelegt werden müßten, anheimgegeben sein. Hiezu komme, daß das römische Recht, — l. 6, D. de his, qui sui (7, 6) — gegen die vermuthete Legitimität eines in der gesetzlichen Periode geborenen Kindes nur solche Thatumstände zulasse, welche es als physisch unmöglich erscheinen lassen, daß der Ehemann das in der Ehe geborene Kind erzeugt habe und als Beispiele führen die Gesetze langjährige Abwesenheit des Ehemanns, Krankheit desselben, welche ihm den Beischlaf unmöglich machen, oder Zeugungsunfähigkeit desselben an. Diesen Gründen könne aber die bloße Beschaffenheit der Geburt und der auf individueller Beurtheilung beruhende Ausspruch Sachverständiger, daß das Kind nicht in der Ehe erzeugt sein könne, nicht gleichgestellt werden."

Die überwiegende Majorität des Obertribunals war jedoch anderer Ansicht und es wurde demzufolge mit 9 gegen 1 Stimme beschlossen, auf der bisherigen Thesis zu beharren. In den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse vom 18. Mai 1845 in der oben gedachten Appellationssache G. c. G. wurde gesagt:

„Die römischen Gesetze stellen zwar für die Legitimität eines Kindes eine Rechtsvermuthung auf, wenn die Geburt desselben nicht vor dem siebenten Monate oder 182sten Tage nach Eingehung der Ehe erfolge. Außer dem Leben und der weiteren Bedingung, daß das Geborene nicht monstrum aliquid vel prodigiosum sit — l. 14, D. de statu hom. (1, 5) — berühren die Gesetze eine weitere physische Eigenschaft des Kindes nicht und wenn gleich Paulus in der l. 12, D. eod. sage: „septimo mense nasci perfectum partum receptum est" so sei doch nach dem ganzen Zusammenhange der Gesetzesstelle unter perfectus partus nur

Digitized by Google

ein lebensfähiges, nicht ein völlig reifes und ausgetragenes Kind zu verstehen.[45] Möge daher auch ein Kind 182 Tage nach seiner Erzeugung lebensfähig zur Welt kommen können, so sprechen damit die Gesetze noch nicht aus, daß eine solche Frühgeburt so vollkommen ausgebildet sein könne, wie ein Kind, welches in der Normalzeit von 270—280 Tagen nach der Empfängniß geboren werde. Da es nun der Erfahrung gemäß sei, daß solche zu frühe geborene Kinder sichtbare Zeichen der Unreife an sich tragen, so sei die Ansicht derjenigen Rechtslehrer wohl begründet, welche gegen die erwähnte Rechtsvermuthung der ehelichen Erzeugung eines Kindes einen Gegenbeweis aus der Thatsache ableiten lassen, daß das nach der Angabe der Mutter zu frühe geborene Kind gleichwohl mit den Zeichen der Vollreife ausgestattet gewesen sei. Zwar soll nach der Ansicht anderer Rechtsgelehrten jene Rechtsvermuthung nur durch den Beweis solcher Umstände entkräftet werden können, aus welchen sich die Unmöglichkeit, daß der Ehemann der Vater des Kindes sei, ergebe, namentlich daß derselbe dem ihm geborenen Kinde wegen langer Abwesenheit, Schwächlichkeit oder Zeugungsunfähigkeit unmöglich das Dasein habe geben können. Allein da nach Naturgesetzen ein mit den Zeichen der Vollreife geborenes Kind ebenso unmöglich eine Frühgeburt sein könne, als es unmöglich sei, daß ein abwesender, kränklicher oder physisch unvermögender Ehegatte das Kind erzeugt haben könne, so vermisse man den zureichenden Grund für die Beschränkung des Gegenbeweises auf Fälle der letzteren Art um so mehr, als, soweit dieser Grund der Verschiedenheit der Ansichten der Aerzte und Physiologen über Früh- und Spätgeburten entnommen sei und eine Rechtsunsicherheit gefürchtet werde,

---

[45] Glück, Komm. Bd. II, S. 87, 106; Bd. XXVIII, S. 110 ff.; Savigny, System Bd. II, S. 388, Note e, S 408, Note y; Sarwey, Monatschrift Bd. III, S. 337; Seuffert, Archiv Bd. XII, Nro. 161; Gans, Zeitschr. für Civil- und Kriminalrechtspflege Bd. I, S. 578.

Digitized by Google

über die Bedingungen des Zeugungsvermögens der Männer im Allgemeinen, und noch mehr im Besonderen, noch viel verschiedenere Urtheile der Aerzte gehört werden mögen, gleichwohl aber diese Urtheile als Gegenbeweis gegen die rechtliche Vermuthung der Vaterschaft gelten sollen."

In der am 25. Febr. 1845 entschiedenen Appellations-Sache G. c. K., in welcher es sich um die Legitimität eines 196 Tage nach Eingehung der Ehe geborenen Kindes handelte, wurde dieselbe Thesis von dem Obertribunal zur Anwendung gebracht, und in gleicher Weise fand solche in einer Reihe von Appellationssachen, in welchen die Vaterschaft zu unehelichen Kindern in Frage stand, unbestrittene Anwendung. Als jedoch im Jahr 1854 die Appellations-Sache B. c. E. an das Obertribunal gelangte, in welcher es sich wieder um die Legitimität eines in der Ehe, am 209ten Tage nach deren Eingehung, geborenen Kindes handelte, und bei deren Entscheidung der Gerichtshof zu Tübingen am 20. April 1854 sich gegen die Thesis des Obertribunals ausgesprochen hatte,[46] wurde letztere auch im Schooße des letztgedachten Kollegiums auf's Neue angezweifelt, was am 1. August 1855 eine nochmalige Berathung der Streitfrage in voller Versammlung des Civil-Senates des Obertribunals zur Folge hatte. Hiebei wurde gegen dessen bisherige Thesis ausgeführt:

„Es seien zwei Rechtsvermuthungen, aus welchen die Regel „pater is est, quem nuptiae demonstrant" zusammengesetzt sei: 1) Der Ehemann der Mutter ist der präsumtive Vater des während der Ehe empfangenen Kindes. 2) Als während der Ehe empfangen gilt ein Kind, welches wenigstens am 182sten Tage nach Eingehung der Ehe oder innerhalb zehn Monaten nach Trennung der Ehe geboren wird. Diese beiden auf ganz verschiedenen Voraussetzungen beruhenden Vermuthungen seien aus einander zu halten. Die Streitfrage, ob neben dem Zeitpunkte der

[46] Die Gründe der Entscheidung des Gerichtshofes sind abgedruckt in Reuffer's Zeitschrift Bd. I, S. 1 ff.

Digitized by Google

Geburt auch die Beschaffenheit des Kindes zu berücksichtigen sei, berühre nur die zweite Vermuthung. Für die Ansicht, daß die Beschaffenheit des Kindes nicht in Betracht komme, spreche der Wortlaut der fraglichen Gesetze, indem sie die Frage, ob das Kind als während der Ehe empfangen zu betrachten sei, schlechthin nach dem Zeitpunkte der Geburt entscheiden und nirgends erwähnen, daß zugleich auf den Reifegrad des Kindes Rücksicht zu nehmen sei. Die Worte perfectus partus in der l. 12, D. de statu hom. (1, 5) bezeichnen ein lebendiges oder, wie Andere wollen, ein lebensfähiges Kind. Die aufgestellte Rechtsvermuthung beruhe also auf der — auf die Auktorität des Hyppokrates gestützten — physiologischen Voraussetzung, daß ein Kind schon am 182sten Tage nach der Erzeugung und von da an bis zum Ablauf des zehnten Monats lebendig oder lebensfähig geboren werden könne. Dabei sei aber den Römern so gut, als uns, bekannt gewesen, daß ein im siebenten Monate der Schwangerschaft geborenes Kind nicht denjenigen Grad von Reife und Ausbildung zu haben pflege, welcher bei einem nach neun Monaten geborenen Kinde gefunden werde.[47] Wenn gleichwohl der römische Gesetzgeber diesen ihm vor Augen liegenden weiteren Erfahrungssatz und den daraus sich ergebenden Anhaltspunkt ganz unberührt lasse und schließlich und unbedingt an den stets sicheren Zeitpunkt der Geburt sich halte, so lasse sich dies nur daraus erklären, daß er die Beschaffenheit des Kindes nicht zum Anhaltspunkte habe nehmen wollen, daß es ihm vielmehr darum zu thun gewesen sei, für die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Kind als während der Ehe empfangen zu betrachten sei, eine feste, für alle Fälle durchgreifende, die Nothwendigkeit individueller Beurtheilung abschneidende Rechtsregel aufzustellen. Die Berücksichtigung des Reifegrades des Kindes werde

[47] Berufung auf Glück, Komm. Bd. XXVIII, S. 111, Note 67, S. 117; Bd. II, S. 106, Note 99; Seuffert, Abhandlungen S. 113—115.

Digitized by Google

durch den Ausspruch der Gesetze mit logischer Nothwendigkeit ausgeschlossen. Wenn das Gesetz selbst sage, ein am 182sten Tage geborenes Kind sei justo tempore natus, so könne es damit unmöglich sagen wollen, daß die Frage, ob ein am 182sten Tage geborenes Kind justo tempore natus sei, im einzelnen Streitfalle nach dem Reifegrade des Kindes zu beurtheilen sei. Hiedurch würde der im Gesetze aufgestellte Rechtssatz als solcher seine Bedeutung verlieren. Hätte der Gesetzgeber gewollt, daß im Falle des Streites die Entscheidung darüber, ob das Kind während der Dauer der Ehe erzeugt worden sein könne, dem Ausspruch der Sachverständigen anheim gegeben werde, so wäre die Aufstellung gesetzlicher Termine überhaupt entbehrlich gewesen. Dafür, daß das Gesetz durch die Aufstellung von Nativitätsterminen die Untersuchung der Beschaffenheit des Kindes habe beseitigen wollen, sprechen auch sehr nahe liegende legislatorische Rücksichten. Eines Theils seien die Ansichten der Physiologen und der Aerzte über die mögliche Dauer der Schwangerschaft und über die dabei möglichen anomalen Fälle von jeher so schwankend gewesen, [48] daß die größte Unsicherheit und Willkühr zu befürchten gestanden sei, wenn man die Entscheidung des einzelnen Falles dem auf die Untersuchung der Reife des Kindes zu gründenden Ausspruch der Sachverständigen überlassen hätte. Auf der andern Seite handle es sich bei der Frage von der Legitimität um die so wichtigen Standesrechte des Kindes und zugleich um allgemeinere politische und sittliche Interessen. Die Gesetzgebung habe daher allen Grund gehabt, den Knoten zu zerhauen und die Unsicherheit der individuellen Beurtheilung durch eine durchgreifende positive Regel auszuschließen. Nicht befremden dürfe dabei der bedeutende Umfang des von dem Gesetzgeber für die mögliche Empfängniß angenommenen Zeitraums. Habe durch Feststellung

[48] Savigny, System Bd. II, S. 401 ff.; Glück, Komm. Bd. XXVIII, S. 111; Henke, Abh. aus dem Gebiete der gerichtl. Medizin Bd. III, S. 252, 280.

Digitized by Google

gewisser Fristen eine für alle Fälle durchgreifende Regel geschaffen werden wollen, so haben die Fristen nach der dem Kinde günstigsten Meinung der Aerzte und Physiologen bemessen werden müssen. Es liege im allgemeinen Interesse des Staates, den ehelichen Stand der Kinder in möglichst weiter Ausdehnung zu schützen und der Vermehrung der unehelichen Kinder möglichst entgegen zu wirken und die Gefahr, daß einmal ein unächtes Kind für ächt erklärt werde, sei ein geringeres Uebel, als die entgegengesetzte Gefahr, daß ein ächtes Kind seinen Familienstand verliere. Bei der natürlichen Ungewißheit der Vaterschaft unterliege überhaupt der Mann, welcher in die Ehe trete, der Möglichkeit der Gefahr, ein fremdes Kind als das seinige anerkennen zu müssen und keine Gesetzgebung vermöge ihn gegen diese Gefahr vollkommen zu schützen. Der Umstand also, daß nach der hier vertheidigten Auffassung des Gesetzes unter dessen Schutz manches wirklich uneheliche Kind die Rechte eines ehelichen erlangen könne, sei kein Grund gegen die Richtigkeit dieser Auffassung. Mit eben so wenig Grund berufen sich die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht auf l. 6, D. de his, qui sui (1, 6). Hier sei vorausgesetzt, daß die Geburt innerhalb der gesetzlichen Zeit erfolge, daß also das Kind als während der Dauer der Ehe empfangen zu betrachten sei, und es handle sich nur von dem Eintritt der weiteren Rechtsvermuthung, daß ein während der Ehe empfangenes Kind den Mann der Mutter zum Vater habe. Diese für sich bestehende Vermuthung beruhe lediglich auf der in dem Zwecke der Ehe begründeten Voraussetzung der zwischen beiden Gatten stattfindenden Geschlechtsgemeinschaft, und nur diese Vermuthung könne durch den Beweis entkräftet werden, daß der Mann während der ganzen Dauer des gesetzlichen Zeitraums seiner Frau nicht habe ehelich beiwohnen können. Daraus, daß das Gesetz gegen die eine der beiden Rechtsvermuthungen einen Gegenbeweis, und auch diesen nur unter gewissen Beschränkungen gestatte, dürfe nicht geschlossen

Digitized by Google

werden, daß auch die andere, von jener wesentlich verschiedene und auf einer anderen Voraussetzung beruhende Rechtsvermuthung den Beweis des Gegentheils zulasse. Im Gegentheil diene, — da die Gesetze gegen die Vermuthung, daß das während der Ehe empfangene Kind als von dem Manne der Mutter gezeugt zu betrachten sei, ausdrücklich den Gegenbeweis zulassen, bei der andern, die Zeit der Empfängniß betreffenden, Vermuthung aber von der Zulässigkeit eines Gegenbeweises nirgends reden, — dies gerade zur Bestätigung dafür, daß die letztere Vermuthung als eine unumstößliche, als eine praesumtio juris et de jure, habe aufgestellt werden wollen. Davon ob die physiologischen Voraussetzungen dieser Vermuthung nach dem jetzigen Stande der medicinischen Wissenschaft richtig seien und ob der von dem Gesetze daraus gezogene Schluß, ohne gleichzeitige Berücksichtigung der Beschaffenheit des Kindes, ein bündiger sei oder nicht, hänge die fortdauernde Anwendbarkeit der gesetzlichen Regel nicht ab. Es stehe dem Richter nicht zu, die Richtigkeit der legislatorischen Prämissen der Präsumtion und die Bündigkeit des von dem Gesetzgeber darauf gebauten Schlusses zu beanstanden. Uebrigens sei zu bemerken, daß die Bestimmungen des römischen Rechtes und die in denselben liegende Abwehr der individuellen Beurtheilung von einem der geachtetsten medizinischen Schriftsteller [49] auch nach dem neueren Stande der Wissenschaft als zweckmäßig und wohlthätig anerkannt werden. Endlich sei von Bedeutung, daß mit der hier vertheidigten Auffassung der Bestimmungen des römischen Rechtes auch die Bestimmungen neuerer Gesetzbücher übereinstimmen, und insoferne diese das römische Recht in dieser Lehre zur Grundlage haben, seien ihre Bestimmungen gewichtige Zeugnisse für die Auslegung des römischen Rechtes. Auch spreche die Uebereinstimmung der meisten Gesetzbücher

---

[49] Henke, Abh. aus dem Gebiete der gerichtlichen Medizin Bd. III, S. 271—275, 301—304.

Digitized by Google

für die Zweckmäßigkeit der betreffenden Vorschriften. Die Ansicht, daß neben der Zeit der Geburt die Beschaffenheit des Kindes zu berücksichtigen sei, beruhe auf einer Verkennung des Standpunktes, auf den der Gesetzgeber in dieser Lehre sich gestellt habe und auf den er nach richtigen legislatorischen Grundsätzen sich zu stellen gehabt habe. Sie streiche aus unserem Gesetzbuche eine weise Bestimmung, deren Zweckmäßigkeit durch ihre gleichförmige Aufnahme auch in die neueren Gesetzbücher die glänzendste Anerkennung gefunden habe."

Die Majorität des Obertribunals war jedoch, ungeachtet dieser scharfsinnigen Bekämpfung seiner bisherigen Thesis, für Festhaltung derselben, indem hiefür geltend gemacht wurde:

„Möge man auch de lege ferenda gegentheiliger Ansicht sein, so scheine doch hinsichtlich des geltenden Rechtes die bisherige Ansicht den Vorzug zu verdienen, weil man, um in Beziehung auf den Beweis eines zweifelhaften Thatumstandes an die Stelle der ordentlichen Erkenntnißquellen der Wahrheit eine gesetzliche Fiktion setzen zu dürfen,[50] welche denn doch nicht selten mit der Wirklichkeit im Widerstreit stehen werde, über die dießfällige Absicht des Gesetzgebers vollkommen im Klaren sein müßte. Nun werde aber nach der Bestimmung der l. 6 D. de his qui sui (1, 6) die für die Legitimität eines nicht vor dem 182sten

---

[50] Als eine Fiktion könnte die Rechtsvermuthung auch dann nicht bezeichnet werden, wenn sie eine unwiderlegbare sein würde. Denn eine Fiktion ist nur dann vorhanden, wenn zu gewissen Zwecken ein Verhältniß als wirklich angenommen werden soll, von welchem man weiß, daß es in der That in dieser Weise gar nicht existirt, während bei den Rechtsvermuthungen, auch den unwiderlegbaren, das Gesetz davon ausgeht, daß die Sache sich wirklich so verhalten werde, wie es vermuthet, und bei den unwiderlegbaren den Gegenbeweis nur darum ausschließt, weil es annimmt, das Gegentheil sei unmöglich, oder weil rechtspolitische Gründe für diesen Ausschluß sprechen. Wächter, württ. Privatrecht Bd. II, S. 450, Note 32; Unger, österr. Privatrecht Bd. II, S. 584 Note 19.

Digitized by Google

Tage nach Eingehung der Ehe und nicht später als am 300sten Tage nach deren Trennung geborenen Kindes streitende Vermuthung entkräftet, wenn der Ehemann in der kritischen Zeit wegen Abwesenheit, Schwäche, oder aus anderer Ursache mit der Ehefrau nicht konkumbirt habe oder zeugungsunfähig gewesen sei. Die Präsumtion werde also hienach durch den Beweis der Unmöglichkeit, daß das Kind von dem Ehemann erzeugt worden sein könne, ausgeschlossen. Eine Unmöglichkeit, daß das Kind während der Ehe erzeugt worden sein könne, liege aber nach unzweifelhaften Naturgesetzen auch dann vor, wenn am 182sten Tage nach Eingehung der Ehe ein vollkommen reifes oder im zehnten Monat nach Trennung der Ehe ein unreifes Kind zur Welt komme. Dieser Erfahrungssatz sei auch den Römern bekannt gewesen, und man müßte ihrem praktischen Sinne Gewalt anthun, wenn man annehmen wollte, sie hätten eine Rechtsregel aufgestellt, welche jenem Naturgesetze widerspreche. Wäre es den Gesetzen darum zu thun gewesen, jeden Streit über die Vaterschaft auszuschließen, so hätte der Ehemann auch mit dem häufig ebenso unsicheren Beweise, daß er zum Beischlaf oder zur Zeugung unfähig gewesen, ausgeschlossen werden müssen, während doch die Gesetze in dieser Beziehung ausdrücklich das Gegentheil aussprechen. Die Rücksicht auf die Ruhe der Familien und die Ehre der Frauen habe aber ebenfalls keinen Bestimmungsgrund zu einer solchen Vorschrift abgeben können. Denn die Ruhe der Familie und die Ehre der Frauen werde nicht erst durch einen über die Vaterschaft entstehenden Prozeß, sondern dadurch beeinträchtigt, wenn eine Frau ein Kind gebäre, das nach bekannten Naturgesetzen nicht von dem Ehemanne erzeugt sein könne. Der Verdacht der Betheiligten, wenn er einmal einen Anstoß erhalten habe, werde sich an die Thatsachen und an die bekannten Naturgesetze halten und im Allgemeinen sich so wenig, als die öffentliche Meinung durch eine rechtliche Fiktion beschwichtigen lassen, womit man über solche Dinge einen Schleier

Digitized by Google

werfen wolle und die Ruhe der Familien dürfte damit wenig gewinnen. Ueberhaupt erscheine es als sehr gewagt, dergleichen allgemeine Humanitätsprinzipien, wie namentlich eine so sehr überwiegende Rücksicht auf die Rechtssicherung unschuldiger Kinder gegenüber der Rücksicht auf die Reinerhaltung des Familienstammes bei den alten Völkern als leitende Ideeen zu unterstellen, und man werde darauf verzichten müssen, solche Gründe zur Auslegung zu Hilfe zu nehmen. Die betreffenden Gesetze selbst aber sprechen nirgend aus, daß der Reifegrad des Kindes bei der Frage von der Legitimität nicht in Berücksichtigung genommen werden dürfe. Während nur dann, wenn dies in den Gesetzen bestimmt ausgesprochen wäre, der Richter sich für berechtigt, beziehungsweise verpflichtet, halten könnte, ein Kind, das seiner körperlichen Beschaffenheit nach unmöglich während der Dauer der Ehe erzeugt worden sein könne, dennoch für ein eheliches zu erklären. Der Annahme, daß derjenige Theil der Rechtsvermuthung, wonach ein innerhalb der gesetzlichen Zeit geborenes Kind als während der Ehe gezeugt gelten solle, als eine unumstößliche habe aufgestellt werden wollen, stehe übrigens auch der Wortlaut der betreffenden Gesetzesstellen entgegen, indem das „credendum est, justum filium esse“ des Paulus in l. 12 D. de statu hom. (1, 5) und das „justo tempore videri natum“ des Ulpian in l. 3, §. 1 D. de suis (38, 16) Ausdrücke seien, wie sie sonst immer nur von Rechtsvermuthungen gebraucht werden, welche einen Gegenbeweis zulassen. Zu vergl. l. 9, §. 4, l. 22 D. de reb. dub. (34, 5); l. 7 D. de adm. tut. (26, 7); l. 2, §. 1 D. de pactis (2, 13); l. 24 D. de probat. (22, 3). Hauptsächlich aber dürfte zu berücksichtigen sein, daß die Pandektenkompilation Entscheidungen oder Gutachten über einzelne Rechtsfälle enthalte, wobei es darauf ankomme, was als das eigentliche caput disceptationis zu betrachten sei. Wenn die l. 12 D. de statu hom., wie von J. H. Böhmer angenommen werde, davon handle, ob ein Kind, welches

Digitized by Google

unzweifelhaft aus der ehelichen Verbindung eines bestimmten Ehepaars stamme, dann, wenn die Ehe wegen eines Formmangels früher nicht vollgiltig gewesen, hinterher aber durch Hebung jenes Mangels zur vollkommen rechtmäßigen geworden sei (das sog. matrimonium justum oder matrimonium liberorum quaerendorum causa), in diese Zeit der Ehe zu setzen sei, so habe in diesem Falle gar keine Kollision bestanden zwischen dem Interesse des Ehemanns und der proles, die Maturitätsfrage sei von keiner wesentlichen Bedeutung gewesen und werde von Niemand movirt worden sein. Wenn ferner die l. 3 D. de suis nach der Erklärung von Savigny (System Bd. II, S. 388) die Beziehung gehabt habe, daß der Sohn einer Freigelassenen sich um ein Priesteramt beworben habe und der Zweifel zu lösen gewesen sei, ob nicht der Makel der Geburt während des Sklavenstandes seiner Mutter auf ihm hafte, so habe es sich hier gar nicht darum gehandelt, wer der Vater sei, sondern nur vom status der Libertät der Mutter zur Zeit der Empfängniß. Daß man nun aber, abgesehen von dem favor libertatis, in diesem Falle nicht daran gedacht habe, zu untersuchen, ob die fragliche, bereits in den Mannesjahren stehende Person seiner Zeit auch mit den Kennzeichen der Reife auf die Welt gekommen sei, sei sehr wohl erklärlich. In diesen Rechtsfällen habe also wohl der Jurist keine Veranlassung gehabt, die im Zweifel als Regel dienende Präsumtion nicht durchschlagen zu lassen. Daß die von den Gesetzen aufgestellte Rechtsvermuthung ihre Bedeutung verlieren würde, wenn man annehme, durch die Beschaffenheit des Kindes könne der Gegenbeweis gegen die Möglichkeit der Vaterschaft geführt werden, lasse sich nicht behaupten; die gedachte Rechtsvermuthung würde nur dann ihre Bedeutung verlieren, wenn man annehmen wollte, der Reifegrad des Kindes sei im einzelnen Falle für die Frage von der Vaterschaft zunächst maßgebend. Es komme aber zunächst immer darauf an, ob das Kind innerhalb des in den Gesetzen festgesetzten Zeitraums gebören sei und nur,

Digitized by Google

wenn ein vollständiger Beweis dafür geführt werden könne, daß das Kind seiner Beschaffenheit nach nicht während der Ehe erzeugt sein könne, müsse die gesetzliche Präsumtion dem Gegenbeweise weichen. Es handle sich also keineswegs davon, nach unsicheren Wahrscheinlichkeitsgründen für oder gegen die Legitimität zu entscheiden, vielmehr müsse die Rechtmäßigkeit eines innerhalb der gesetzlichen Zeit geborenen Kindes stets so lange präsumirt werden, als nicht auf eine für den Richter überzeugende Weise dargethan sei, daß das Kind seiner Beschaffenheit nach nicht in der Ehe erzeugt worden sein könne. Wenn hiegegen auf die Unsicherheit einer solchen Beweisführung hingewiesen und davon ausgegangen werde, als ob es nicht möglich wäre, innerhalb der Nativitätstermine, womit das Gesetz denn doch nur die äußersten Grenzen der Möglichkeit einer ehelichen Geburt habe bezeichnen wollen, mehr als einen blos problematischen Gegenbeweis dafür zu erbringen, daß ein Kind nicht in der Ehe erzeugt sei, so stehe dieß mit dem Leben und mit dem Standpunkte, welchen die medizinische Wissenschaft einnehme, nicht im Einklang. Allerdings bestehe in der Entwicklung der menschlichen Individuen eine unendliche Mannigfaltigkeit; dessen unerachtet liegen aber dem Entwicklungsprozesse unwandelbare Naturgesetze zu Grunde, welche unter der Mannigfaltigkeit der Erscheinungen sich gleich bleiben und durch die Wissenschaft in sicheren Resultaten festgestellt seien. Kein Arzt werde es für möglich erklären, daß ein im siebenten Monat geborenes Kind die Zeichen gewöhnlicher Reife an sich trage und umgekehrt müsse angenommen werden, daß ein Kind, welches im siebenten Monat nach Eingehung der Ehe mit den Kennzeichen vollkommener Reife auf die Welt komme, unmöglich in der Ehe erzeugt sein könne. In nicht wenigen Fällen werde sich daher, wenn anders die Beschaffenheit des partus rechtzeitig und auf zuverlässige Weise ermittelt worden sei, über die Zeit der Zeugung diejenige Gewißheit ergeben, wie sie überhaupt ein physiologischer Beweis zu liefern vermöge."

Digitized by Google

Auf den Grund dieser Ausführungen wurde mit 6 gegen 4 Stimmen beschlossen, an der bisherigen Thesis des Obertribunals auch ferner festzuhalten, und demgemäß wurde dann auch am 18. Juni 1856 in der Appellationssache B. c. E., welche den Anlaß zu der erneuerten Berathung der Streitfrage gegeben hatte, erkannt.[51] — Von da an wurde die Thesis wieder in mehreren Fällen, wo es sich um die Vaterschaft zu unehelichen Kindern handelte, von dem Obertribunal ohne Beanstandung zur Anwendung gebracht, bis neuerdings eine Appellationssache T. c. T. zur Entscheidung gelangte, wo die Legitimität eines, am 198sten Tag nach Eingehung der Ehe, mit den Zeichen der Reife geborenen Kindes in Frage gestellt worden war. In diesem Falle hatte der Gerichtshof zu Eßlingen sich gegen die Thesis des Obertribunals ausgesprochen, und in den Gründen zu seinem Erkenntnisse vom 10. Sept. 1866 ausgeführt:

„Der Grundsatz des römischen Rechtes, nach welchem ein in dem Zeitraum zwischen dem 182sten und 300sten Tage nach Eingehung der Ehe geborenes Kind als ein Kind des Ehemanns gilt, enthält nicht blos eine Präsumtion im Sinne des Beweisrechtes, nämlich die den Vorbeweis ersetzende Vermuthung der natürlichen Vaterschaft, sondern vielmehr eine materielle Rechtsbestimmung. Das römische Recht hält nämlich an dem, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechenden, Standpunkte fest, daß ein Beweis der natürlichen Vaterschaft unmöglich sei,[52] weil der Beweis des Beischlafs nur die Möglichkeit, nie aber die für den

---

[51] Die Entscheidungsgründe zu diesem Erkenntnisse sind abgedruckt in Seuffert's Archiv Bd. XI, Nro. 11.

[52] Unklar ist, was hier von einem „besonderen Standpunkte des römischen Rechtes, daß ein Beweis der natürlichen Vaterschaft unmöglich sei", sowie davon, daß dieser Standpunkt „den allgemeinen Rechtsgrundsätzen" entspreche, gesagt wird. Man sollte meinen, die Unmöglichkeit eines Beweises der Vaterschaft folge aus der Natur der Sache, nämlich daraus, daß die Zeugung ihrer Natur

Digitized by Google

Prozeß allein relevante Wirklichkeit der Vaterschaft nach Naturgesetzen darthun kann. Dasselbe setzte deßhalb an die Stelle der natürlichen Vaterschaft, als Substrat von Rechten, und ihres Beweises den vorerwähnten Rechtssatz, wonach jedes während der Ehe erzeugte Kind kraft Gesetzes als eheliches gilt, ohne Rücksicht darauf, ob vom natürlichen Standpunkte die Vaterschaft sich mehr oder weniger wahrscheinlich darstellt, — l. 29 §. 1 D. de prob. (22, 3), l. 11 §. 9 D. ad leg. Jul. de adult. (48, 5) — ein Satz, welcher zugleich die negative Bedeutung hat, daß eben nur das in der Ehe geborene Kind überhaupt einen Vater im rechtlichen Sinne haben kann — l. 83 D. de cond. et demonstr. (35, 1); l. 4 §. 3 l. 5 D. de in jus voc. (2, 4); §. 12 J. de nupt. (1, 10). — Der Rücksicht auf die thatsächliche natürliche Vaterschaft wurde hiebei nur in so weit Raum gewährt, als einerseits jener allgemeine Grundsatz eine Beschränkung auf die innerhalb des obigen Zeitraums nach Eingehung bezw. Auflösung der Ehe geborenen Kinder erlitt, andererseits auch bezüglich der innerhalb des Zeitraums geborenen dann eine Ausnahme eintreten sollte, wenn erwiesenermaßen während dieser Zeit eine eheliche Beiwohnung nicht stattgefunden hatte. Dieß ist die einzige Ausnahme, welche die l. 6 D. de his qui sui (1, 6) statuirt. Die Zulassung eines Gegenbeweises aus dem Reifezustand des Kindes würde nicht nur die Statuirung einer in den Gesetzen nicht begründeten Ausnahme von einem dem ganzen Familienrecht zu Grunde liegenden Rechtsprinzip enthalten, sondern nach dem Gegenstand, auf welchen dieser Beweis gerichtet wäre, das Prinzip selbst negiren, an die Stelle des Grundsatzes, daß die Ehe der Rechtsgrund der Vaterschaft ist, das Prinzip der natürlichen Vaterschaft setzen und damit in ein Labyrinth höherer oder geringerer Wahrscheinlichkeitsberechnung auf Grund

nach jeder sicheren Wahrnehmung sich entzieht, und es müsse dieß von jedem Standpunkte aus gelten, ohne daß allgemeine Rechtsgrundsätze hiebei in Betracht kommen können.

Digitized by Google

der Individualität u. s. w. der einzelnen Personen führen, welches dem römischen Rechte, das die Statusrechte der Kinder auf's sorgfältigste zu wahren bemüht ist und nirgends von dem andernfalls alltäglich in Frage kommenden Reisebeweise spricht, völlig fremd erscheint.[53] — cf. leg. supra cit. und l. 1 D. de agn. et al. lib. (25, 3); l. 1

[53] Die obige, an die Auffassung von Keller, Pand. S. 759 erinnernde, jedoch über diese hinausgehende Ausführung findet in der Bestimmung des römischen Rechtes, daß das von einer Ehefrau nicht früher als 182 Tage nach Eingehung der Ehe und nicht später als 300 Tage nach deren Trennung geborene Kind als während der Ehe von dem Ehemann erzeugt zu vermuthen sei, eine materielle Rechtsbestimmung, wonach jedes in der Ehe erzeugte Kind kraft Gesetzes als eheliches gelte, oder, wie nachher gesagt ist, den Ausspruch des Rechtsprinzips, daß die Ehe, ohne Rücksicht auf die thatsächliche natürliche Vaterschaft, den Rechtsgrund der Vaterschaft des Ehemanns bilde. Diese Ansicht hat jedoch in den römischen Rechtsquellen keine Begründung. Das römische Recht geht vielmehr von dem natürlichen Satze aus, daß die Zeugung durch die in giltiger Ehe lebenden Eheleute den Grund der Vaterschaft des Ehemanns bilde. pr. J. de patr. pot. (1, 9) „In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreavimus." §. 3 J. eod. „qui ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est." l. 6 D. de his qui sui (1, 6) „Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur." Nur weil die Zeugung jeder sicheren Wahrnehmung und eben damit einem eigentlichen Beweise sich entzieht, hat das römische Recht zum Zwecke der Ermöglichung der Beweisführung an die Geburt des Kindes innerhalb eines, die Möglichkeit der Zeugung während der Ehe durch den Ehemann offen lassenden, Zeitraums die Rechtsvermuthung der Vaterschaft des letzteren geknüpft, zugleich aber durch die ausdrückliche Zulassung des Gegenbeweises, daß das Kind nicht von dem Ehemann erzeugt worden sein könne, wie sie in der l. 6 D. cit. ausgesprochen ist, wieder klar zu erkennen gegeben, daß prinzipiell die Zeugung durch den Ehemann für die Vaterschaft desselben entscheiden solle. Eine materielle Rechtsbestimmung ist allerdings die fragliche Rechtsvermuthung, aber nur deßhalb, weil die Frage von der Beweislast und damit auch die damit zusammenhängende Frage, ob eine Rechtsvermuthung bestehe, dem materiellen Rechte angehört. Unger, österr. Privatrecht Bd. II, S. 580.

Digitized by Google

§. 10 D. de ventre insp. (25, 4). — Dieser Standpunkt ist nun zwar im heutigen Rechte in so fern modifizirt, als dieses eine außereheliche Vaterschaft anerkennt; allein hiedurch ist an den Grundsätzen des römischen Rechtes bezüglich der ehelichen Kinder nichts geändert worden; denn jene Vaterschaft ist keine vollwirksame, wie die eheliche, begründet keine Familien und Agnationsrechte gegenüber dem Vater und dessen Familie, sondern nur ein beschränktes, durch legislative Zweckmäßigkeitsgründe motivirtes, Alimentations- und Erbrecht, zu welchem Zwecke sich die geltende Gesetzgebung mit dem an sich nicht konkludenten Beweise des geschlechtlichen Umgangs in der kritischen Zeit begnügt und die aus der mangelhaften Struktur des Klagfundaments hervorgehenden Anfechtungsgründe in die Einrede verweist. Mag es nun auch von diesem Standpunkte aus immerhin denkbar sein, dem auf einer Verwechslung der physiologischen Möglichkeit mit der Wirklichkeit basirenden Klagegrund gegenüber auch auf physiologische Zweifelsgründe aus dem Reifegrade zu rekurriren, so kann doch jedenfalls hievon keine Anwendung gemacht werden auf die durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung normirte und den allgemeinen Rechtsprinzipien konforme Lehre von der ehelichen Vaterschaft — l. 14 D. de leg. (1, 3). — Besteht aber der wohlerwogene Grund der Gesetzesbestimmung in der Unmöglichkeit eines natürlichen Vaterschaftsbeweises und in der rechtspolitischen Erwägung, daß die Statusrechte der Kinder nicht von dem, nach dem Standpunkte des Wissens im Alterthum wie in der Neuzeit gleich schwankenden, Ergebniß einer sachverständigen Untersuchung des Reifegrades im einzelnen Falle abhängig gemacht werden, sondern auf einer allgemeinen gesetzlichen Vorschrift beruhen sollen, so kann hieran durch ärztliche Gutachten nichts geändert werden. Denn sieht man auch ganz davon ab, daß bei den auf dem Gebiete der Naturwissenschaft noch bestehenden großen Zweifeln, namentlich mit Rücksicht auf die aus der vergleichenden Physiologie für die ausnahmsweise raschere

Digitized by Google

oder langsamere Entwickelung einzelner Organismen, ferner aus Anomalien in der Dauer der Menstruationszeit entnommenen Gründe der Unsicherheit, eine formale Feststellung einer solchen Frage durch ein sachverständiges Kollegium keinen Werth hat, wollte man vielmehr auch als feststehend annehmen, daß ein im siebenten Monat geborenes Kind nicht vollkommen reif, ein im neunten oder zehnten Monat geborenes nicht unreif sein könne, so würde doch hieraus ein Anlaß immer nur für die Gesetzgebung entstehen, das bisherige Recht nach diesen Resultaten der neueren Wissenschaft zu reformiren und die Untersuchung des konkreten Reifegrades zum Maßstabe für die Eruirung der ehelichen Vaterschaft zu machen. Denn daß letzteres der Fall ist, wenn man den fraglichen Gegenbeweis zuläßt, d. h. daß die Präsumtion alle praktische Bedeutung verliert, lehrt die tägliche Erfahrung, insofern die dabei interessirte Partei sich sofort bei Entstehung des Streites auf sachverständige Untersuchung beruft und damit von dem jeweiligen wissenschaftlichen Standpunkte der zugezogenen Experten ohne jede weitere Berücksichtigung der Präsumtion die Legitimitätsfrage abhängig macht, was dem Standpunkt des römischen Rechtes diametral widerspricht."

Das Obertribunal beharrte jedoch auf seiner Thesis und in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse in der obengenannten Appellationssache vom 18. Juni 1867 wurde dießfalls ausgeführt:

„Ein Kind ist ein eheliches, wenn dasselbe während der Dauer einer giltigen Ehe von den Eheleuten erzeugt worden ist. — pr. § 3 J. de patr. pot. (1, 9.) — Die Erzeugung während der Ehe durch den Ehemann wird aber nach der, in Folge der Unmöglichkeit eines Beweises der Erzeugung aufgestellten Rechtsregel: „Pater is est, quem nuptiae demonstrant." — l. 5, D. de in jus vocando (2, 4) — vermuthet, wenn ein Kind nicht früher als 182 Tage nach Eingehung der Ehe und nicht später als 300 Tage nach deren Trennung von der Ehefrau geboren

wird. — l. 12, D. de statu hom. (1, 5); l. 3, §. 11, 12 D. de suis (38, 16). — Diese Rechtsvermuthung ist jedoch keine unumstößliche. Durch deren Aufstellung sollte nur der Beweis der Legitimität eines Kindes erleichtert oder vielmehr ermöglicht werden. Diesem Zwecke war genügt, indem an die leicht erweisliche Thatsache der Geburt innerhalb des in dem Gesetze bestimmten Zeitraums die Folgerung oder Vermuthung, daß das Kind während der Ehe von dem Ehemann erzeugt worden, geknüpft und damit dem auf die erstere Thatsache gebauten bloßen Wahrscheinlichkeitsschlusse der ehelichen Vaterschaft die Kraft beigelegt wurde, juristische Gewißheit derselben zu bewirken. Die Wahrscheinlichkeit der ehelichen Vaterschaft unter allen Umständen für Wahrheit zu nehmen, und den Beweis zur Entkräftung der Rechtsvermuthung auszuschließen, lag kein genügender Grund vor, und es ist demzufolge in der l. 6, D. de his, qui sui (1, 6) der Gegenbeweis auch ausdrücklich zugelassen, daß im konkreten Falle, ungeachtet der Geburt des Kindes innerhalb des gesetzlich bestimmten Zeitraums, der Schluß auf die eheliche Erzeugung des Kindes nicht zutreffe, daß mit andern Worten das Kind in Wirklichkeit nicht während der Ehe oder, wenn auch während der Ehe, nicht von dem Ehemann erzeugt sei.[54] Die in der l. 6, D. cit. aufgeführten Beispiele eines Gegenbeweises gegen die Rechtsvermuthung betreffen zwar nur den Beweis, daß das Kind nicht von dem Ehemann erzeugt sein könne, weil entweder ein Beischlaf zwischen den Ehegatten in der entsprechenden Zeit wegen Abwesenheit des Ehemanns oder wegen Schwäche desselben oder aus einem anderen besonderen Grunde nicht stattgefunden habe, oder weil der Ehemann in der kritischen Zeit zeugungsunfähig gewesen sei. Der Grund, aus welchem

[54] In Uebereinstimmung hiemit ist auch in der l. 29, D. de prob. (22, 3) gesagt: „veritati locum superfore," es solle also die Wahrheit, die Wirklichkeit, auch der fraglichen Rechtsvermuthung gegenüber entscheiden.

Digitized by Google

in diesen Fällen die Rechtsvermuthung entkräftet wird, kann aber kein anderer sein, als weil hier der Beweis der Unmöglichkeit der ehelichen Erzeugung des Kindes in concreto geliefert, somit das Gegentheil dessen, wofür die Vermuthung streitet, dargethan ist. Letzteres ist aber auch der Fall, wenn im konkreten Falle nachgewiesen werden kann, daß das Kind, ungeachtet seiner Geburt innerhalb des gesetzlichen Zeitraums, vermöge seiner physischen Beschaffenheit bei der Geburt den unwandelbaren Gesetzen der Natur zu Folge nicht während der Ehe gezeugt worden sein kann, was insbesondere zutrifft, wenn ein schon im siebenten Monate nach Eingehung der Ehe geborenes Kind mit den Zeichen der Reife geboren wird, und es muß daher auch dieser Gegenbeweis gegen die Rechtsvermuthung als statthaft erachtet werden. Indem Ulpian in der l. 3, §. 12, D. de suis (38, 16) von einem am 182sten Tage nach Eingehung der Ehe geborenen Kinde sagt, „justo tempore videri natum," spricht derselbe hiemit mehr nicht aus, als daß unter der gegebenen thatsächlichen Voraussetzung die Vermuthung für die rechtzeitige Geburt streite, und es ist damit mehr nicht gesagt, als mit den Worten, deren sich Paulus in der l. 12, D. de statu hom. (1, 5) bezüglich eines im siebenten Monate der Ehe geborenen Kindes bedient „credendum est, justum filium esse." Daß hiemit der Gegenbeweis, daß das Kind dennoch nicht justo tempore, nicht während der Ehe, gezeugt worden, habe ausgeschlossen werden wollen, läßt sich den Worten nicht entnehmen, ja es sprechen die Worte „videri" und „credendum est" vielmehr dagegen, da sich die römischen Juristen sonst viel bestimmter hätten ausdrücken müssen und wohl auch ausgedrückt hätten. Die Richtigkeit der Rechtsvermuthung an sich wird durch die Zulassung des fraglichen Gegenbeweises nicht in Frage gestellt, was allerdings unzulässig wäre, sondern es wird nur für den einzelnen Fall das Nichtzutreffen der Vermuthung aus besonderen Gründen dargethan. Die Rechtsvermuthung hat, wie aus dem Aus-

Digitized by Google

ſpruche der l. 12, D. de statu hom. (1, 5) erhellt, den phyſiologiſchen Satz zur legislatoriſchen Prämiſſe, daß der Zeitpunkt der möglichen Erzeugung eines lebend geborenen Kindes (perfectus partus im Gegenſatze des abortus) [55] in den ganzen Zeitraum vom 182ſten bis zum 300ſten Tage vor ſeiner Geburt fallen könne. Dieſer legislatoriſche Grund der Möglichkeit der Geburt eines lebenden Kindes in dem gedachten Zeitraum nach ſeiner Erzeugung bleibt bei dem Nachweiſe, daß im einzelnen Falle ein Kind, obwohl es im ſiebenten Monate nach Eingehung der Ehe von der Ehefrau geboren worden, wegen ſeiner phyſiſchen Beſchaffenheit, ſeines Reifegrades zur Zeit der Geburt nicht während der Ehe erzeugt ſein könne, unangefochten beſtehen, es wird nicht die Möglichkeit der Geburt eines lebenden ſiebenmonatlichen Kindes an ſich und alſo nicht die darauf gebaute Rechtsvermuthung in abstracto angefochten, ſondern der Beweis iſt nur dahin gerichtet, daß der auf jene Möglichkeit gegründete Schluß auf die Wahrheit, daß das Kind während der Ehe gezeugt worden, nach der beſonderen Beſchaffenheit des gegebenen Falles nicht zutreffe, ſomit die Rechtsvermuthung in concreto ausgeſchloſſen ſei, und dieſer Gegenbeweis erſcheint als durchaus ſtatthaft, ſofern ein ſolcher nach den Geſetzen überhaupt zugelaſſen wird. Es iſt zwar geltend gemacht worden, daß es einem dem ganzen römiſchen Familienrechte zu Grunde liegenden Rechtsprinzip, wonach die Ehe und nicht die thatſächliche Zeugung des Kindes durch den Ehemann den Rechtsgrund der Vaterſchaft deſſelben bilde, widerſtreiten würde, wenn der Gegenbeweis gegen die fragliche Rechtsvermuthung aus dem Reifezuſtand des Kindes zugelaſſen würde. Allein, daß jenes angebliche Rechtsprinzip den Römern in dieſer Weiſe fremd war, erhellt nicht nur unmittelbar aus denjenigen Beſtimmungen des römiſchen Rechtes — pr. §. 3, J. de patr. pot. (1, 9); l. 4, l. 6, D. de his qui sui (1, 6) — [56]

[55] Vgl. Note 44.

[56] Vgl. Note 1.

Digitized by Google

welche die Erzeugung durch die Eheleute während der Ehe ausdrücklich als Grund der väterlichen Gewalt bezeichnen, sondern auch mittelbar daraus, daß in der letztgenannten Digestenstelle, wie schon erwähnt, der Gegenbeweis gegen die Rechtsvermuthung ausdrücklich zugelassen wird, daß das Kind nicht von dem Ehemann erzeugt worden, was wiederum zeigt, daß prinzipiell die Zeugung durch den Ehemann es ist, welche auch nach römischem Rechte für dessen Vaterschaft entscheidet. Daß in der l. 6, D. cit. des Gegenbeweises aus dem Reifegrade des Kindes nicht besonders gedacht ist, kann für dessen Unzulässigkeit nicht entscheidend in Betracht kommen, da die römischen Rechtsquellen regelmäßig nur die Entscheidung einzelner Fälle enthalten, und hieraus die zu Grunde liegende allgemeine Rechtsregel erst abgeleitet werden muß, zudem Rechtsvermuthungen der Regel nach überhaupt widerlegbar sind und der Wahrheit weichen müssen, somit umgekehrt die Absicht des Ausschlusses des fraglichen Gegenbeweises unzweideutig aus den Gesetzen erhellen müßte, um die Annahme der Unstatthaftigkeit der Widerlegung der Rechtsvermuthung aus der physischen Beschaffenheit des Kindes zu gestatten. Hiefür fehlt es aber an genügenden Anhaltspunkten. Es wird zwar dafür mit besonderem Nachdrucke geltend gemacht, daß die Aufstellung der Rechtsvermuthung zum wesentlichen Zwecke habe, der Unsicherheit und Ungewißheit zu begegnen, welche bei den von jeher schwankenden und widersprechenden Ansichten der Aerzte und Physiologen über die mögliche Dauer der Schwangerschaft und die dabei vorkommenden Anomalieen für den Rechtsstand der Kinder zu befürchten stünde, wenn die Entscheidung über die eheliche Vaterschaft dem Urtheil von Sachverständigen anheim gegeben wäre, daß dieser Zweck aber nicht erreicht würde, wenn durch Zulassung des Gegenbeweises aus dem Reifegrade des Kindes die Entscheidung des einzelnen Falles von dem schwankenden Ergebniß einer sachverständigen Untersuchung wieder abhängig gemacht würde. Diesem steht jedoch ent-

Digitized by Google

gegen, daß derselbe Grund auch darauf hätte führen müssen, den Gegenbeweis der Unmöglichkeit der Erzeugung eines bestimmten Kindes durch den Ehemann wegen Unfähigkeit desselben zum Beischlaf oder zur Zeugung in der entsprechenden Zeit auszuschließen, da auch in diesem Falle Alles von dem Urtheil der Sachverständigen abhängt und deren Ansichten hiebei ebenso verschieden und schwankend sein können, als bei der Beurtheilung des Reifegrades eines Kindes, während die Entkräftuug der Vermuthung durch den Beweis des Unvermögens des Ehemanns in der entsprechenden Zeit ausdrücklich zugelassen wird. Zudem ist es nicht gegründet, wenn dem auf den Reifegrad eines Kindes gebauten Gutachten der Sachverständigen über die Zeit der Zeugung jeder Werth abgesprochen wird, da es gar manche Fälle gibt, welche an der Hand der durch Erfahrung und Wissenschaft festgestellten unwandelbaren Naturgesetze eine sichere Entscheidung zulassen. [57] Wo aber im einzelnen Falle ein genügend bestimmtes und sicheres Urtheil von den Sachverständigen nicht zu erlangen ist, hat es eben bei der Rechtsvermuthung zu verbleiben, da diese maßgebend ist, so lange nicht ein vollständiger, alle Zweifel beseitigender und zur vollen Ueberzeugung des Richters hinreichender Beweis dafür geführt ist, daß das Kind seiner Beschaffenheit nach unmöglich während der Ehe erzeugt sein kann. [58] Hieraus ergibt sich auch, daß, wenn

[57] Jeder Arzt wird es z. B. für positiv unmöglich erklären, daß ein im siebenten Monate geborenes Kind reif, oder ein im zehnten Monate geborenes Kind unreif zur Welt kommen konne.

[58] Demgemäß wurde von dem Obertribunal in der am 26. September 1840 entschiedenen Appellationssache B. c. N., wo es sich um die Legitimität eines am 256sten Tage nach Eingehung der Ehe geborenen Kindes handelte, ausgesprochen, daß der Unterschied in der Zeit von nur wenigen Wochen so gering sei, daß auch der Nachweis der vollständigen Reife des Kindes der gesetzlichen Präsumtion nicht im Wege stehen könne. Ebenso wurde in der am 23. März 1839 entschiedenen Appellationssache D. c. Sch. angenommen, daß bei einem im Laufe des neunten

Digitized by Google

nur der Richter mit der gehörigen Sorgfalt und Umsicht verfährt, die Zulassung des fraglichen Gegenbeweises keine größere Unsicherheit bewirken wird, als solche in anderen Fällen einer zweifelhaften Beweisführung besteht, während umgekehrt der Ausschluß des Gegenbeweises in manchen Fällen dazu führen müßte, ein Kind für ein eheliches zu erklären, welches seiner körperlichen Beschaffenheit nach unmöglich während der Dauer der Ehe erzeugt worden sein kann. Diesem entgegen wird zwar vielfach darauf hingewiesen, daß kein Gesetz den Ehemann vor der Gefahr zu schützen im Stande sei, ein fremdes Kind als das seinige anerkennen zu müssen, und bei den für Mutter und Kind auf dem Spiele stehenden hochwichtigen Interessen jene Gefahr ein geringeres Uebel sei, als die entgegengesetzte Gefahr, daß ein wirklich legitimes Kind durch ein unrichtiges Gutachten der Sachverständigen seinen Familienstand verliere. Allein wenn das Gesetz dem Ehemann auch keinen vollkommenen Schutz gegen die Gefahr gewähren kann, ein nicht von ihm gezeugtes Kind als das seinige gelten lassen zu müssen, so folgt hieraus nicht, daß ihm der Schutz auch, soweit er möglich, zu versagen ist, und die Annahme, daß die römischen Juristen bei Aufstellung der fraglichen Rechtsvermuthung der Rücksicht auf die Sicherung der Ehren- und Vermögensrechte der Kinder und Frauen, gegenüber der Rücksicht auf die mögliche Gefährdung der Rechte des Ehemanns, sowie auf die Reinerhaltung der Familie, ein so entschiedenes Uebergewicht eingeräumt haben, um dem Ehemann den Gegenbeweis gegen die fragliche Rechtsvermuthung aus dem Grunde der physischen Beschaffenheit des Kindes gänzlich zu versagen, entbehrt eines sicheren Anhaltspunktes in den römischen Rechtsquellen, so daß hierauf bei der Auslegung der fraglichen Gesetzesbestimmung ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden kann.

Monats geborenen Kinde die Reife desselben einen Beweis gegen die Rechtsvermuthung der Vaterschaft nicht abgeben könne.

Digitized by Google

Wenn endlich noch geltend gemacht wird, daß durch die Zulassung des fraglichen Gegenbeweises die Rechtsvermuthung alle praktische Bedeutung verlieren und die Entscheidung der Legitimitätsfrage, ohne jede weitere Berücksichtigung der Präsumtion, von dem Gutachten der Sachverständigen abhängig machen würde, so wäre dieses nur zutreffend, wenn man annehmen würde, daß der Reifegrad des Kindes im einzelnen Falle für die Frage von der Vaterschaft zunächst maßgebend sei, während es zunächst immer darauf ankommt, ob das Kind innerhalb des in den Gesetzen bestimmten Zeitraums geboren ist, und, wenn dies zutrifft, die Rechtsvermuthung für die Vaterschaft des Ehemanns streitet, so lange über Reife oder Unreife des Kindes nichts Widersprechendes behauptet und voll erwiesen und auf Grund dessen durch ein hinreichend bestimmtes und überzeugendes Gutachten der Sachverständigen ein voller Beweis der Unmöglichkeit der Erzeugung des Kindes während der Ehe geführt ist."

Dieß die Gründe des Obertribunals für das Beharren der nach Obigem seit mindestens 30 Jahren konstant befolgten Thesis. Die Frage kam in dem letztgedachten Falle nicht vor die volle Versammlung des Civilsenats; sie wurde aber auf das eingehendste einer nochmaligen Prüfung unterzogen, auf deren Grund in der Sektion Einstimmigkeit darüber herrschte, daß zu einem Abgehen von der bisherigen Thesis, welche von dem für den Richter allein in Betracht kommenden Standpunkte des bestehenden Rechtes gute Gründe für sich habe, ein genügender Anlaß nicht vorliege. Hierin dürfte für die württembergischen Unter- und Mittelgerichte eine dringende Aufforderung liegen, auch ihrer Seits die zweifelhafte Frage in vorkommenden Fällen erneuerter Prüfung zu unterziehen und zu erwägen, ob nicht die Rücksicht auf die wünschenswerthe Herbeiführung einer gleichförmigen Rechtsprechung den Ausschlag geben sollte, der Thesis des Obertribunals sich anzuschließen, die gewiß, wie auch von gegnerischer Seite nicht wird geläugnet

Digitized by Google

werden wollen, vom Standpunkte des bestehenden Rechtes Vieles für sich hat. Eine hievon verschiedene Frage ist es, zu welchem Ergebnisse man vom Standpunkte einer neuen Gesetzgebung gelangen müßte', und man wird anerkennen müssen, daß von diesem Standpunkte Manches für eine Beschränkung des Gegenbeweises gegen die für die Legitimität streitende Rechtsvermuthung spricht. Dagegen ist auch von diesem Standpunkte nicht abzusehen, warum der Gegenbeweis aus dem Reifegrad des Kindes absolut und selbst in zweifellosen Fällen ausgeschlossen werden sollte, wenn man den Gegenbeweis aus der Unfähigkeit des Mannes zum Beischlaf oder zur Zeugung zuläßt, während in letzterer Beziehung das Urtheil der Sachverständigen regelmäßig weit unsicherer als in Beziehung auf die Reife eines Kindes und die Dauer der Schwangerschaftsperiode sein wird, dieselben Gründe, welche für den Ausschluß des Gegenbeweises aus dem Reifegrad des Kindes sprechen, daher noch mehr für den Ausschluß des Gegenbeweises aus der Beischlafs- oder Zeugungsunfähigkeit des Ehemanns sprechen müßten. Das hohe Lob, welches die Gegner bei ihrer Auslegung der betreffenden Stellen der römischen Rechtsquellen der gesetzgeberischen Weisheit der römischen Juristen zollen, möchte daher Angesichts der offenbaren Inkonsequenz, deren diese sich bei Unterstellung der Richtigkeit der gegnerischen Gesetzesauslegung schuldig gemacht hätten, denn doch noch einigem Bedenken unterliegen, und einem weisen Gesetzgeber dürfte noch Manches zu erwägen übrig bleiben.

---

2) Die Prozeßzinsen.

Ein Votum der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes.

(Von Dr. Kübel.)

Der Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse enthielt in dem Art. 332

Digitized by Google

(319) erster Lesung die Bestimmung: „Ist auf Bezahlung einer Geldsumme geklagt worden, und wird der Schuldner verurtheilt, so hat derselbe, wenn er nicht wegen Verzuges oder eines anderen Grundes zu höheren Zinsen verpflichtet ist, dem Gläubiger von der diesem zugesprochenen Summe Prozeßzinsen zu 3 vom Hundert auf das Jahr von dem Zeitpunkte an zu bezahlen, wo er von der gegen ihn erhobenen Klage benachrichtigt worden ist.“ [1] Die Dresdener Kommission hatte sich hiemit in ihrer Mehrheit der Ansicht angeschlossen, welcher auch das hiesige Obertribunal in dem letzten Jahrzehnte seiner Rechtsprechung gefolgt ist [2] Allein es war die Bestimmung in erster Lesung nur mit einem Mehr von Einer Stimme in den Entwurf aufgenommen worden und in zweiter Lesung wurde sie bei Stimmengleichheit durch den Stichentscheid des Präsidenten der Kommission wieder beseitigt. [3] Es erhellt hieraus, daß die Stimmen für und wider das Institut der Prozeßzinsen auch in der Dresdener Kommission sich so ziemlich die Waage hielten und da die Streitfrage in dem Schooße der Kommission eine eingehende Erörterung gefunden hat, dürfte die, durch mehrere bezügliche Anfragen veranlaßte, Mittheilung der Kommissionsverhandlungen nicht ohne Interesse sein.

Für das Institut der Prozeßzinsen wurde geltend gemacht: Man müsse davon ausgehen, daß die Insinuation der Klage für sich, ohne das Hinzutreten der weiteren Voraussetzungen des Verzuges, den Schuldner nicht in Verzug setze, so daß also insbesondere dann, wenn der Schuldner über das Bestehen oder den Betrag der Schuld oder über die Erfüllungszeit oder über die Berechtigung (Sachlegiti-

---

[1] Dieses Archiv Bd. VII, S. 188 vergl. mit Bd. VIII, S. 231 und 404.

[2] Dieses Archiv Bd. VI, S. 198—202.

[3] Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts S. 1148, 4195, 4196. Vergl. S. 924, 925, 1135—1148, 1164—1170.

Digitized by Google

mation) des Klägers gerechte Zweifel habe, oder sich in einem entschuldbaren Irrthum hierüber befinde, von einem Verzuge und in Folge dessen auch von Verzugszinsen keine Rede sein könne.[4] Für solche Fälle, wo bezüglich der Verzögerung der Zahlung dem Beklagten keine von ihm zu vertretende Verschuldung zur Last falle, müsse, wenn es sich um eine Klage auf Bezahlung einer geschuldeten Geldsumme (als Quantität im Gegensatz von individuellen Geldstücken) handle, von Mittheilung der Klage an die Verbindlichkeit des Beklagten zu Prozeßzinsen eintreten. Ob diese Verbindlichkeit ihre Begründung schon im römischen Rechte habe, sei bekanntlich eine Streitfrage, bei der sich gewichtige Auktoritäten gegenüberstehen;[5] man werde sich aber auch vom Standpunkte des bestehenden Rechtes für die bejahende Meinung entscheiden müssen, welche zudem ihre gute innere Begründung habe. Denn wenn der auf Bezahlung einer Geldsumme belangte Beklagte verurtheilt werde, so sei damit ausgesprochen, daß schon zur Zeit der Klage-Insinuation der Beklagte zu zahlen verbunden gewesen wäre, und da er dieß nicht gethan, so sei ihm während der Dauer des Prozesses der Nutzen aus der Geldsumme geblieben, während

[4] Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 284.

[5] Für die Annahme von Prozeßzinsen haben sich insbesondere ausgesprochen: Savigny, System Bd. VI, §. 270, 271; Buchka, die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß Bd. I, §. 10, Bd. II, §. 22; Unger, österr. Privatrecht Bd. II, §. 128, Note 43, S. 547, 548; Vangerow, Pand. 7. Aufl. Bd. I, §. 160, S. 254; Arndts, Pand. 1. Aufl. §. 251, Anm. 3, vergl. mit §. 113, Anm. 4, lit. b; Windscheid, Pand. Bd. I, §. 124, Note 6, S. 304; Bayer, Vorträge S. 564; Osterloh, Civilprozeß Bd. II, §. 186, lit. f.; Koch, Prozeß Bd. I, §. 172, Note 9. Gegen die Prozeßzinse haben sich erklärt: Wächter, württ. Privatrecht Bd. II, §. 71, Note 75, S. 537 und Note 25, S. 526 vergl. mit dessen Erörterungen Heft II, S. 54, Heft III, S. 106; Wetzell, System Bd. I, §. 14, Note 55; Nordmann in dem Magazin für Hannover'sches Recht Bd. IV, S. 10 und in Schletter's Jahrbücher Bd. I, S. 222.

Digitized by Google

dieser mit der Geldsumme dem Kläger gebührt hätte. Daß aber die fragliche Geldsumme dem Beklagten einen dem Zinsenbetrage entsprechenden Nutzen abgeworfen, dürfe und müsse vorausgesetzt werden, da Geld nicht müssig aufbewahrt, sondern regelmäßig in irgend einer Form zu einem Ertrage benutzt zu werden pflege und bei dem Zustande des heutigen Verkehrs jederzeit benutzt werden könne. Aus dem gleichen Grunde müsse man auch davon ausgehen, daß ebenso der Kläger, wenn er beim Beginne des Prozesses die ihm nach dem Urtheil gebührende Streitsumme empfangen hätte, solche alsbald in irgend einer Weise zinstragend angelegt hätte und ihm somit die vom Beklagten bezogenen Zinsen zu gut gekommen wären. Nun sei es aber gewiß nicht nur billig, sondern ein Postulat der Gerechtigkeit, daß dem obsiegenden Kläger dasjenige verschafft werde, was dem Beklagten von der Prozeßeinleitung an aus der schuldigen Geldsumme an Zinsen zugeflossen und, wenn die Zahlung gleich bei der Prozeßeinleitung erfolgt wäre, dem Kläger zu gut gekommen wäre. Denn ohne dies würde der ganze Nachtheil eines vielleicht langwierigen Prozesses auf den obsiegenden Kläger gelegt, während bei Annahme des Prinzips der Prozeßzinsen dem Beklagten nur die Herausgabe dessen auferlegt werde, was er nicht hätte beziehen können, wenn er seiner durch das Urtheil anerkannten Verbindlichkeit nach Mittheilung der Klage sogleich nachgekommen wäre. Daß den Beklagten in Betreff der Nichterfüllung der Verbindlichkeit eine Verschuldung nicht treffe, weil ihm gerechte Entschuldigungsgründe zur Seite gestanden, welche die Annahme eines Verzuges ausschließen, befreie ihn nur von den Folgen des Verzuges; daraus folge aber nicht, daß der Gläubiger das nicht sollte fordern können, was er erhalten hätte, wenn der Schuldner seiner Obligation gehörig nachgekommen sein würde. Es lasse sich nicht absehen, aus welchem Grunde dem Schuldner ein Vortheil aus dem geschuldeten Objekte zu Statten kommen sollte, welcher mit Recht dem Gläubiger zugefallen wäre, wenn

Digitized by Google

ihm der Obligationsgegenstand rechtzeitig geleistet worden wäre. Es liege kein Widerspruch vor, wenn man den Schuldner von den ihm nachtheiligen Folgen der mora freispreche, dagegen ihn zur Auslieferung eines Vortheils schuldig erkenne, der nicht ihm, sondern dem Gläubiger gebühre. Aus der Negation, daß den Schuldner, wegen mangelnder Verschuldung, der Vorwurf der mora nicht treffe, folge noch nicht die Affirmation, daß er nun auch einen Vortheil sich aneignen dürfe, auf welchen der Gläubiger Anspruch habe. Wie aber hiernach der Verpflichtungsgrund zur Zahlung von Verzugszinsen von dem Verpflichtungsgrunde zur Zahlung von Prozeßzinsen verschieden sei, so sei auch nach dem Bemerkten die Unterscheidung zwischen beiden Zinsarten gerechtfertigt, wenn es auch wahr sei, daß beide Zinsleistungen eine Schadloshaltung des Klägers bezweckten, und zu einer Erweiterung (Steigerung) der Verbindlichkeit des Schuldners führten. Der Grund für die Verpflichtung zu Prozeßzinsen sei derselbe, wie für den Ersatz der Früchte einer Sache, da die Zinsen in den Gesetzen ganz den Früchten gleichgestellt werden — l. 34 D. de usuris (22, 1) — und daher für sie dasselbe zu gelten habe, was für die natürlichen Früchte gelte. Ein Beklagter müsse sich dessen bewußt sein, daß der Kläger auch seinerseits sich zur Erhebung des geltend gemachten Anspruchs für berechtigt halte, und daß er, der Beklagte, über den Ausgang des Prozesses keine Gewißheit habe. Dieß erwogen, werde er wie ein sorgsamer Hausvater handeln und, sobald es sich um eine fruchttragende Sache handle, die Früchte beziehen und die bezogenen verwahren müssen, da er sowohl die bezogenen, als diejenigen, die er hätte beziehen können, im Falle seiner Verurtheilung herausgeben und beziehungsweise ersetzen müsse. Dieser Gedanke werde auf Forderungen von Geldsummen übertragen, indem man zur Rechtfertigung der Prozeßzinsen geltend mache, daß Geldsummen jederzeit, sei es als zinstragendes Kapital oder als Geschäftsanlagen, nutzbringend verwendet werden

Digitized by Google

können, und aus diesem Grunde vorausgesetzt werde, daß der Beklagte, welcher eine Geldsumme dem Kläger vorenthalte, dieselbe für sich wirklich nutzbringend verwandt habe, der Kläger aber, wenn sie ihm nicht vorenthalten worden wäre, dasselbe gethan haben würde. Dabei dürfe man sich nicht durch die Betrachtung einzelner Ausnahmefälle irre machen lassen, sondern müsse an die regelmäßigen Erscheinungen im bürgerlichen Verkehre anknüpfen, in dieser Beziehung lasse sich aber im Allgemeinen wohl behaupten, daß Geldsummen immer nutzbringend angelegt werden können. Diese Gründe haben auch auf die Praxis bestimmend eingewirkt, indem verschiedene der obersten Gerichte Deutschlands, so zu Lübeck,[6] zu Kiel,[7] zu Celle,[8] zu München,[9] zu Wiesbaden,[10] zu Stuttgart,[11] deßgleichen der Revisions- und Kassationshof zu Berlin,[12] als Oberappellationsgericht für die vormals nassauischen Landestheile und die Juristenfakultät zu Berlin,[13] in ihrer Eigenschaft als Spruchkollegium für Länder des gemeinen Rechtes, den Grundsatz der Prozeßzinsen angenommen und zur Anwendung gebracht haben.[14] Man könne zugeben, daß der Grundsatz von den Prozeßzinsen erst in neuerer Zeit ausgesprochene Anerkennung in der Praxis gefunden habe,

[6] Seuffert, Archiv Bd. II, Nro. 148, Bd. III, Nro. 17, Bd. V, Nro. 261.

[7] Seuffert, Archiv Bd. VII, Nro. 291.

[8] Seuffert, Archiv Bd. VIII, Nro. 116; Hannover'sches Magazin Bd. II, S. 343; dagegen die Polemik von Nordmann in dem hannover'schen Magazin Bd. IV, S. 10.

[9] Blätter für Rechtsanwendung Bd. XXI, S. 84; Seuffert, Archiv Bd. XVII, Nro. 199.

[10] Seuffert, Archiv Bd. XVII, Nro. 220, 221.

[11] Dieses Archiv Bd. VI, S. 200—202.

[12] Savigny, System Bd. VI, S. 163.

[13] Savigny a. a. O.

[14] Entgegengesetzter Ansicht ist das Oberappellationsgericht zu Kassel; vergl. Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. VIII, S. 174, Nro. 6; Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung Bd. XXI, S. 80, Nro. 6; Heuser, Annalen Bd. III, S. 52, 55 ff.

Digitized by Google

allein der Sache nach sei der Grundsatz in der Praxis längst anerkannt, nur habe man die Prozeßzinsen nicht mit diesem Namen bezeichnet, weil man sie nicht nach ihrer Besonderheit aufgefaßt, sondern mit den Verzugszinsen in Eine Klasse geworfen habe. Auch das preußische und das österreichische Recht bekennen sich zu dem Grundsatze, daß der unterliegende Schuldner einer Geldsumme von der Prozeßeinleitung an Zinsen zu bezahlen habe, nur daß diese Zinsen im preußischen Landrecht und in der österreichischen Praxis irrthümlich Verzugszinsen genannt werden.[15] Demgemäß erscheine das Institut der Prozeßzinsen ebensowohl im bestehenden Rechte, als in der Gerechtigkeit gegründet.[16]

Hiegegen wurde jedoch von anderer Seite geltend gemacht: Die Verpflichtung des verklagten Schuldners zur Entrichtung sogenannter Prozeßzinsen werde aus dem Grundsatze abgeleitet, daß der obsiegende Kläger (Gläubiger) die Hauptsache cum omni causa, d. h. Alles erhalten müsse, was er gehabt haben würde, wenn er zur Zeit der Klageanstellung befriedigt worden wäre, indem man von der Voraussetzung ausgehe, daß der Kläger, hätte er die ihm zuerkannte Summe schon zur Zeit der Klageanstellung gehabt, davon einen Zinsen- oder doch einen ähnlichen ertragbringenden Genuß gehabt haben würde. Man nehme dabei eine Analogie her von den rücksichtlich der Früchte einer Sache geltenden Grundsätzen, indem man, ausgehend von der Aehnlichkeit zwischen jenen und Zinsen, sage, daß, gleichwie der zur Herausgabe einer fruchtbringenden Sache ver-

---

[15] Preußisches Landrecht Thl. I, Tit. 16, §. 41; allg. preuß. Gerichtsordnung Thl. I, Tit. 7, §. 48d; Förster, preuß. Privatrecht Bd. I, S. 377; Oesterreichisches allgem. bürg. Gesetzbuch §. 1334 vergl. mit §. 338; hiezu Unger, österr. Privatrecht Bd. II, §. 128, Note 43, S. 548.

[16] Protolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allg. deutschen Obligationenrechts S. 1135—1137, 1140, 1141, 1142, 1144, 1145.

Digitized by Google

urtheilte Besitzer derselben die während des Prozesses davon gezogenen Früchte herauszugeben habe, so auch der zur Zahlung verurtheilte Schuldner einer Geldsumme aus dieser vom Augenblicke der Klagezustellung an Zinsen entrichten müsse. — Diese Analogie treffe jedoch nicht zu; es fehle an der Aehnlichkeit der Fälle nicht allein, sondern auch an der Gleichheit des Grundes. Der Vergleich sei nicht zu ziehen zwischen natürlichen Früchten und Zinsen, sondern zwischen einer fruchttragenden Sache und einer geschuldeten Geldsumme; die wesentliche Verschiedenheit beider ergebe, daß, was in der fraglichen Beziehung rücksichtlich der erstern gelten müsse, von der letztern nicht gelten könne. Bei einer fruchttragenden Sache bringe deren Natur es mit sich, daß sie, werde sie anders ihrem Zwecke gemäß und haushälterisch benutzt, regelmäßig Früchte liefere und es sei regelmäßig gewiß, nicht nur, daß der verklagte Besitzer sie zur Fruchtziehung benutzt und Früchte davon gezogen habe, sondern auch, daß der Kläger, wäre ihm die Sache während des Prozesses nicht vorenthalten worden, diese Früchte gezogen haben würde. Es sei daher ein ganz natürliches Rechtsgebot, daß der unterliegende Besitzer der Sache mit ihr auch die Früchte herausgeben oder dieselben vergüten müsse; denn sonst würde er einen Zuwachs der Sache gewinnen, welcher dem Kläger gebühre. Ganz anders liege das Verhältniß bei einer geschuldeten Geldsumme. Diese sei ihrer Natur nach nicht ertragbringend, setze vielmehr, um es zu werden, eine ertragbringende Anlegung voraus. Eine solche bilde aber keineswegs die Regel; das Geld diene nicht blos zu Erzielung eines Ertrages, sondern, und zwar in bei weitem größern Umfange, ganz anderen, jeden den natürlichen Früchten zu vergleichenden Gewinn ausschließenden Zwecken. Die Leichtigkeit, Geld zinsbar anzulegen, komme nur den Leuten zu Gute, welche in der Lage seien, ihr Geld zum Zinsengenusse verwenden zu können. Das aber seien die Wenigsten. Ebendahrer sei es regelmäßig ebensowenig gewiß, daß der Schuldner einer Geldsumme

Digitized by Google

davon Zinsen gezogen habe, als, daß der Gläubiger, hätte er jene zur Zeit der Klageanstellung schon gehabt, davon Zinsen gezogen haben würde, und ebensowenig lasse sich behaupten, daß der Schuldner, welcher sein Geld anders als zu ertragbringender Anlegung benutze, nicht als ein guter Haushälter und dem Zwecke des Geldes zuwider gehandelt habe. — Die auf den Besitzer einer fruchttragenden Sache zutreffende Voraussetzung gehabter oder doch ihm möglich gewesener Fruchtziehung treffe daher auf den Schuldner einer Geldsumme nicht zu. Die Gleichstellung Beider würde auch zu großen Härten führen; ja durch die Zulassung von Prozeßzinsen in beabsichtigter Weise mache man die Verbindlichkeit des Letzteren größer als die des Ersteren. Denn während man den Besitzer einer fruchttragenden Sache doch nur dann Früchte herausgeben oder vergüten lasse, wenn er solche gezogen oder hätte ziehen können, solle der Schuldner einer Geldsumme davon Zinsen bezahlen, unangesehen ob er deren gezogen und ob er oder der Gläubiger, hätte dieser die Summe schon zur Zeit der Klageanstellung gehabt, in der Lage gewesen, Zinsen davon zu ziehen.[17]

Von anderer Seite wurde diesem noch beigefügt: Die Vertheidiger der gegentheiligen Ansicht berücksichtigen nicht genügend den Unterschied des römischen Gerichtsverfahrens von den Prinzipien des heutigen Prozesses. Das Prozeßverfahren des römischen Rechtes sei in mehrfacher Beziehung von dem Gesichtspunkte eines Vertrages zwischen den Parteien ausgegangen, demzufolge diese auf den Ausspruch des Richters kompromittirt haben, während letzterer nach der gegenwärtigen Rechtsauffassung die richterliche Gewalt auf Anrufen und nach Gehör der Parteien, aber Namens des Staates ausübe. Aus diesem Unterschiede erklären sich auch einzelne materiellrechtliche Bestimmungen des älteren Rechtes, für deren Beibehaltung es an einem inneren

[17] Ebendaselbst S. 1142—1144.

Digitized by Google

Grunde gebrechen würde. Dieß gelte insbesondere auch von den Prozeßzinsen. Denn es sei nicht abzusehen, welches Bedürfniß für die Beibehaltung dieses Institutes neben den über den Verzug bestehenden Bestimmungen noch vorhanden sei, da durch letztere bereits ausgesprochen werde, daß der Kläger in der Regel von dem Zeitpunkte der Benachrichtigung des Beklagten von der erhobenen Klage an Verzugszinsen fordern dürfe, die Ausnahmefälle aber, in denen auch die Benachrichtigung des Schuldners von der Klage einen Verzug nicht begründe, von der Art seien, daß dabei ebensowenig von einer Verpflichtung des unterliegenden Beklagten zur Bezahlung von Prozeßzinsen die Rede sein könne. Zu diesem Ergebniß führe eine nähere Betrachtung dieser einzelnen Ausnahmefälle. Anlangend nämlich den Fall, wenn der Schuldner an der rechtzeitigen Erfüllung ohne eine von ihm zu vertretende Verschuldung gehindert sei, so werde an das Beispiel des Depositars erinnert, welcher zur sofortigen Rückgabe des Depositum, nachdem er gemahnt worden, deßhalb nicht im Stande sei, weil er (die Befugniß hiezu vorausgesetzt) den deponirten Gegenstand zu mehrerer Sicherheit an einem andern Orte zur Verwahrung gegeben habe. Hier liege ein von dem Depositar nicht verschuldetes Hinderniß der Erfüllung vor, welches die Annahme des Verzuges ausschließe. Ebensowenig werde man aber in diesem Falle, wenn das Depositum in einer Geldsumme bestanden hätte, den Depositar zur Bezahlung von Prozeßzinsen für verbunden erklären wollen. Dasselbe Verhältniß finde bei dem andern Ausnahmefall statt, wenn der Schuldner über den Betrag seiner Schuld sich in Ungewißheit befunden, wenn also Jemand für einen Andern Geschäfte geführt, dabei Auslagen bestritten, jedoch noch nicht darüber Rechnung abgelegt habe. Da es sich hier um eine fällige Post handeln würde, so müßte nach der allgemeinen Regel mit der Benachrichtigung von einer dießfalls wider den Mandanten erhobenen Klage der letztere in Verzug kommen, derselbe gelte jedoch für entschul-

Digitized by Google

digt, weil der Betrag seiner Schuld erst durch den Prozeß selbst in Liquidität gesetzt werde, und es würde eine Unbilligkeit sein, ihn dessen ungeachtet durch Auferlegung der Verbindlichkeit zur Zahlung von Prozeßzinsen zu bestrafen. Das Nämliche werde sich auch in den übrigen Ausnahmefällen behaupten lassen, in denen es sich um die Erfüllungszeit und die Berechtigung des Gläubigers handle. Ferner sei bei der Aufstellung des Institutes der Prozeßzinsen zu erwägen, daß letztere doch nur dann in Frage würden kommen können, wenn eine Geldsumme mittelst persönlicher Klage gefordert, nicht auch, wenn eine solche vindicirt werde, und daß mithin dem Prinzipe, von welchem man dabei ausgehe, eine allgemeine Geltung überhaupt nicht zukomme. Die Bezugnahme auf die Handlungsweise eines sorgsamen Hausvaters hinsichtlich der Perzeption der Früchte passe nicht für die Fälle, in denen es sich um Geldforderungen handle, weil der gewissenhafte Schuldner in Aussicht auf eine mögliche Verurtheilung die geforderte Summe eher bereit halten, als nutzbar anlegen werde. Auch würde man bei dem Ansinnen, die Geldsumme zinsbar anzulegen, dem Schuldner der Sache nach eine Geschäftsführung für den Gläubiger, jedoch auf eigenes Risiko, auferlegen. Sodann lassen sich Fälle denken, in denen es mit der Sachlage geradezu unvereinbar sein würde, dem Beklagten die Verbindlichkeit zur Bezahlung von Prozeßzinsen aufzuerlegen. So bei den Klagen auf Anerkennung einer Schuldforderung, wenn auch die Schuld erst später fertig werde oder von einer Suspensivbedingung abhänge, für deren Zulässigkeit die Praxis, aller theoretischen Bedenken ungeachtet, sich entschieden habe. Ebenso kämen die Fälle in Betracht, wenn vor der Zeit auf die Erfüllung der Verbindlichkeit selbst geklagt würde, z. B. wenn auf erfolgte Einklagung einer Darlehensschuld der Beklagte nachwiese, daß er sich von dem Kläger einen spätern Zahlungstermin ausbedungen habe, oder daß die bedungene Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen sei. Streng genommen würde zwar sodann der

Digitized by Google

Kläger zur Zeit abgewiesen werden müssen, nach der Praxis erfolge jedoch dann eine Verurtheilung, wenn der Fälligkeitstermin inmittelst eingetreten sei. In beiderlei Fällen werde von einer Verbindlichkeit zur Bezahlung von Prozeßzinsen von Zeit der Benachrichtigung von der Klage an, obschon die fragliche Schuld in einer Geldsumme bestehe, dennoch keine Rede sein können, weil der Kläger zu diesem Zeitpunkte noch keinen Anspruch auf den Empfang der Leistung gehabt habe. Das ganze Institut würde daher nur in den seltensten Fällen zur Anwendung kommen können und es erscheine die Frage der Prozeßzinsen von untergeordneter Bedeutung.[18]

Von Seiten der Vertheidiger der Prozeßzinsentheorie wurde hiegegen jedoch bemerkt, daß bei der Frage der Zulässigkeit von Prozeßzinsen zu viel Gewicht auf den Umstand gelegt werde, ob der Schuldner aus der geforderten Geldsumme habe Nutzen und ob er insbesondere Zinsen daraus habe ziehen können. Das entscheidende Moment sei vielmehr, daß der Gläubiger Alles erhalten müsse, was ihm bei sofortiger Befriedigung zu Theil geworden wäre. Dabei sei es gleichgiltig, ob der Gläubiger die geforderte Summe hätte zinsbar anlegen, oder ob er sie auf andere Weise nutzbringend hätte verwenden können; denn es lasse sich z. B. denken, daß der Gläubiger die geforderte Summe zur Abtragung einer verzinslichen Schuld bestimmt gehabt, oder derselben zur Betreibung seines Geschäftes benöthigt gewesen sei, in Ermangelung deren Eingangs aber von der verzinslichen Schuld sich nicht habe befreien können, beziehungsweise ein entsprechendes Darlehen habe aufnehmen müssen.[19] Wenn eingewendet werde, daß in den Fällen, wo die Nichterfüllung entschuldigt sei, weil der Schuldner über das Bestehen, oder den Betrag, oder die Erfüllungszeit der Schuld oder über die Legitimation des Klägers gerechte

[18] Ebendaselbst S. 925, 1137, 1138, 1139, 1146, 1147, 4195.
[19] Ebendaselbst S. 1144.

Digitized by Google

Zweifel gehabt oder sich in entschuldbarem Irrthum befunden habe, von einer Verpflichtung zur Bezahlung von Prozeßzinsen die Rede nicht sein könne, so sei dieß eine Verkennung der Natur dieser Zinsen. Denn wo keiner der genannten Entschuldigungsgründe vorliege, werde der Beklagte durch die Mittheilung der Klage in Verzug gesetzt und es sei für Prozeßzinsen kein Raum übrig, indem diese nur hervortreten, wo eine von dem Beklagten zu vertretende Verschuldung bei der Zahlungsverweigerung nicht vorliege. Die Zuerkennung von Prozeßzinsen sei begründet, sobald durch das Urtheil die Zahlungsverbindlichkeit des Beklagten als eine schon zur Zeit der Klagemittheilung bestandene und gegenwärtige, also gerichtlich verfolgbare anerkannt werde, indem hiermit festgestellt sei, daß der Beklagte während der Dauer des Prozesses eine Geldsumme zu seiner Benützung verwendbar in Händen gehabt habe, welche dem Kläger gebühre, und deren Erträgnisse daher auch diesem zukommen müssen. Der Kläger könne verlangen, daß ihm durch das Urtheil Alles zugesprochen werde, was der Beklagte nicht und vielmehr der Kläger gehabt hätte, wenn jener seiner Zahlungsverbindlichkeit schon auf die Mittheilung der Klage nachgekommen wäre. [20] Sei daher auch die Sachlegitimation des Klägers zur Zeit der Klagemittheilung zweifelhaft gewesen, so ändere dieß nichts an der Verbindlichkeit des Beklagten zur Bezahlung von Prozeßzinsen, wenn nur die Sachlegitimation als zur Zeit der Klagemittheilung schon vorhanden durch das Urtheil festgestellt werde. [21] Ebenso werde der Anspruch auf Prozeßzinsen nicht ausgeschlossen, wenn die eingeklagte Geldsumme auf Liquidation beruhe. Der angegebene Grund für die Zinsenverbindlichkeit treffe zu, ob der Kläger, soweit dies prozessualisch zulässig sei, darauf klage, daß der Beklagte

---

[20] Ebendaselbst S. 1165, 1167, 1168; vergl. Savigny, System Bd. VI, S. 139.

[21] Protokolle der Dresdener Kommission S. 1167, 1168, 1169.

Digitized by Google

z. B. zum Empfange des, besonderer Liquidation vorzubehaltenden, Schadens verurtheilt werde, und darauf hin eine Verurtheilung und Feststellung des Betrages erfolge, oder wenn der Kläger irgend eine bestimmte Schadenssumme schon in der Klage bezeichne, welche durch das Urtheil vielleicht später auf die Hälfte und weniger herabgesetzt werde. In beiden Fällen stelle das Urtheil rückwärts fest, welchen Betrag der Beklagte schon zur Zeit der Klageinsinuation geschuldet habe, und es seien demzufolge Prozeßzinsen begründet. [22]

Daß Prozeßzinsen nur gefordert werden können, wenn die Klage auf eine Geldsumme als Quantität, nicht aber wenn die Klage, wie bei der Eigenthumsklage oder bei der actio depositi directa oder bei der actio commodati auf individuelle Geldstücke gerichtet sei, [23] wurde allseitig anerkannt. [24] Ebenso herrschte darüber Einverständniß, daß bei Klagen, welche nur die Anerkennung einer Schuld bezwecken, schon der Natur der Sache nach, Prozeßzinsen ausgeschlossen seien, da diese die Klage auf Bezahlung einer Geldsumme zu ihrer Voraussetzung haben. [25] Weiter wurde es für selbstverständlich erachtet, daß Prozeßzinsen nur von dem Zeitpunkte der Fälligkeit der Forderung an gefordert werden können und somit auch in den Fällen,

---

[22] Ebendaselbst S. 1165, 1168. Der Fall, wo über die Höhe der zu bezahlenden Summe Zweifel herrscht, ist gerade einer der hauptsächlichsten Fälle, wo Prozeßzinsen praktisch werden, und wollte man in Fällen dieser Art Prozeßzinsen nicht zulassen, so würde dadurch das Institut einen großen Theil seines praktischen Werthes verlieren. Savigny, System Bd. VI, S. 139, 147, 148; Unger, österr. Privatrecht Bd. II, §. 128, S. 548, Note 44.

[23] Vgl. Buchka, die Lehre vom Einfluß des Prozesses, Bd. I, S. 265; Savigny, System Bd. VI, S. 149; Unger, österr. Privatrecht Bd. II, §. 128, Note 42, S. 547.

[24] Protokolle der Dresdener Kommission S. 1139, 1140, 1142, 1165.

[25] Ebendaselbst S. 1139, 1140, 1142, 1145, 1164, 1165, 1166, 1167.

Digitized by Google

wo nach der Praxis die vor eingetretener Fälligkeit erhobene Klage aufrecht erhalten werde, wenn nur die Forderung während des Prozesses oder doch vor der Einlassung des Beklagten fällig werde, nicht der Zeitpunkt der Klagezustellung für den Anfang des Laufes der Prozeßzinsen maßgebend sein könne, sondern diese erst von dem Zeitpunkte der Fälligkeit an zu bezahlen seien. [26]

Was die Höhe der Prozeßzinsen betrifft, so wird man vom Standpunkte des bestehenden Rechtes denselben Maßstab anzulegen haben, wie bei den Verzugszinsen, und es wurde dieß auch in der Dresdener Kommission geltend gemacht. Von der Seite, von welcher die Prozeßzinsen überhaupt bekämpft wurden, wurde jedoch auch gegen die Berechnung der Prozeßzinsen zu fünf Prozent Bedenken erhoben. Diese Höhe des Prozentsatzes, wurde behauptet, werde sich mit der Annahme eines entsprechenden Nutzens, den der Schuldner aus der geschuldeten Summe etwa gezogen habe, oder doch habe ziehen können, nicht rechtfertigen lassen. Denn die Ausleihung des Geldes würde auf Gefahr des Schuldners erfolgen, die Verhältnisse des Geldverkehrs seien aber nicht von der Art, daß ein Darleiher mit Leichtigkeit, und ohne nicht dabei wegen Rückzahlung des Kapitals selbst Gefahr zu laufen, einen Prozentsatz von dieser Höhe erlangen könne. Das Interesse des Gläubigers rechtfertige den Zinsfuß von fünf Prozent ebensowenig, da für ihn dieselbe Ungewißheit in Erlangung eines Zinsfußes von solcher Höhe bestehe, wie für den Schuldner. Höchstens werde man auf eine Verzinsung zu drei Prozent kommen können, obwohl auch dieser Betrag als ein sicherer Maßstab für die dem Gläubiger entgangene Benützung der geforderten Summe sich nicht betrachten lasse. — Diesem entgegen wurde von anderer Seite bemerkt, daß die Landesüblichkeit darüber bestimmen müsse, zu welchem Zinsfuße man jederzeit und sicher Geld nutzbar

[26] Ebendaselbst S. 1139, 1141, 1142, 1164, 1165.

Digitized by Google

machen könne, und von dritter Seite wurde die Beibehaltung des Prozentsatzes zu fünf vom Hundert bevorwortet, da dieser Prozentsatz bei zinsbarer Anlegung auch von kleineren Summen gewonnen werden könne und es eine Unbilligkeit wäre, zu verlangen, daß ein Gläubiger sich mit einem geringeren Prozentsatze begnügen solle, während der Schuldner mit der vorenthaltenen Geldsumme vielleicht, wie es bei kaufmännischen Geschäften gegenwärtig doch nicht selten vorkomme, zehn vom Hundert gewinne, oder wenigstens, wenn er das Geld zur Tilgung von Schulden verwende, den Mehrbetrag der Darlehenszinse erspare. [27] Die Mehrheit der Kommission entschied sich demungeachtet für drei Prozent, was jedoch auch vom Standpunkte des Gesetzgebers sich beanstanden lassen dürfte.

In der Hauptsache aber werden die bei den Dresdener Kommissionsverhandlungen gegen die Prozeßzinsen erhobenen Einwendungen keinen Grund abgeben, die von dem hiesigen Obertribunal bisher befolgte Praxis zu verlassen, vielmehr wird man die für die Prozeßzinsen vorgebrachten Gründe als überwiegend anerkennen und die Festhaltung der bisherigen Praxis als dadurch auf's Neue gerechtfertigt erachten müssen. So lange es möglich ist, daß Prozesse Jahre lang andauern können, und ob die beabsichtigten Reformen im Gebiete des Prozeßverfahrens dies unmöglich machen werden, soll erst die Zukunft lehren, sind Prozeßzinsen unentbehrlich, wenn Gerechtigkeit gegen den Gläubiger geübt werden soll, zumal die Vertröstung auf Verzugszinsen sich häufig als illusorisch erweisen wird. Denn, abgesehen von dem neuerdings aufgestellten, nicht anzuerkennenden Satze, wonach der juristische Verzug durch jeden Entschuldigungsgrund ausgeschlossen werden soll, steht jedenfalls soviel fest, daß gerechte Zweifel, entschuldbarer Irrthum über das Bestehen, oder über den Betrag, oder über die Erfüllungszeit der Schuld oder über die Berechtigung des Gläubigers den Verzug

[27] Ebendaselbst S. 1138, 1139, 1140, 1142, 1164, 1169, 1170.

Digitized by Google

ausschließen; in denjenigen Fällen, wo dies zutrifft oder als zutreffend angenommen wird, und solcher Fälle sind es nicht so wenige, hätte daher der Gläubiger ohne die Prozeßzinsen keinen Schutz gegen den ihm noch im Laufe des Prozesses, durch die Entbehrung der ihm gehörigen Geldsumme, zugehenden Schaden. Die Gerechtigkeit aber fordert, daß der Gläubiger mindestens von dem Zeitpunkte an, wo er die Sache vor den Richter gebracht hat, gegen weiteren Schaden sicher gestellt wird, soweit menschliche Einrichtungen dies ermöglichen, und hiezu sind die Prozeßzinsen ein ganz geeignetes Mittel.

II.

Fragmente.

1) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Wechselsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

Zu Art. 80 der a. d. W.-O.

1. Der Einfluß des Konkurses auf die Wechselverjährung.

Weder in der Theorie, noch in der Praxis ist man darüber einig, ob und welchen Einfluß die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Wechselschuldners auf den Beginn und Lauf der Wechselverjährung habe, indem von einer Seite der Konkurseröffnung die Wirkung der Hemmung [1] der Verjährung beigelegt wird, da der Wech-

[1] Hemmung heißt bekanntlich diejenige Wirkung eines Umstands auf die Verjährung, vermöge welcher diese während der Dauer des Hindernisses nicht beginnen kann und, wenn sie bereits begonnen hat, wieder stille steht, ruht oder schläft, so lange das Hinderniß dauert, während mit dem Hinwegfall des Hindernisses die früher bereits begonnene Verjährung wieder fortläuft, so daß nur bei der Berechnung ihrer Dauer die Zwischenzeit, gleich als ob sie gar nicht vorhanden wäre, außer Berechnung bleibt. Unter-

Digitized by Google

felgläubiger durch die Eröffnung des Konkurses an der willkührlichen Verfolgung seiner Ansprüche gegen den Wechselschuldner rechtlich gehindert und ihm die Herbeiführung einer Unterbrechung der Wechselverjährung unmöglich gemacht sei, [2] während von anderer Seite angenommen wird, daß durch die Anmeldung der Wechselforderung im Konkurse des Wechselschuldners, sei es für sich allein, [3] sei es in Verbindung mit der Einleitung der Liquidationsver-

---

brechung dagegen heißt der Einfluß eines Umstands auf die bereits begonnene Verjährung, wodurch die Wirkung des bisherigen Zeitablaufs vollständig aufgehoben wird, so daß die Verjährung wieder ganz von Neuem, ohne Anknüpfung an die frühere Verjährung und ohne Hinzurechnung der früheren Zeit beginnen muß: Puchta, Pand. (9. Aufl.) §. 90, Ziff. 2, 3; derselbe, Vorles. (5. Aufl.) Bd. I, S. 208; Arndts, Pand. §. 110; Savigny, System Bd. V, S. 313, 408; Unger, österr. Privatrecht Bd. II, S. 416, 417.

[2] Entsch. des Handelsgerichtes zu Hamburg von 18. Jan. und 6. Febr. 1858, sowie des Obergerichtes daselbst vom 5. März 1858; Archiv f. d. W.-R. Bd. VII, S. 201; Goldschmidt, Zeitschr. f. H.-R. Bd. II, S. 131, Nr. 42; Schletter, Jahrb., Bd. V, S. 60; Württ. Archiv, Bd. III, S. 181—183; Entsch. des Obertribunals zu Berlin vom 4. Nov. 1858, 25. Januar und 12. Februar 1859; Archiv f. d. W.-R. Bd. VII, S. 412 Note; Bd. VIII, S. 112, 113; Goldschmidt, Zeitschr. f. H.-R., Bd. III, S. 577—579, 580, 581; Entsch. des O.A.G. zu Kassel vom 17. Okt. 1862; Seuffert, Archiv, Bd. XVI, Nro. 241, S. 395. Ebenso hat sich ausgesprochen Straß im Archiv f. d. W.-R. Bd. IX, S. 56—58 und Wächter, Wechsellehre, S. 748. Endlich stimmt hiemit überein ein K. sächsisches Gesetz vom 7. Juni 1849, betr. den Schuldarrest und den Wechselprozeß; Archiv f. d. W.-R. Bd. I, S. 77, 267; Bd. II, S. 345; Borchardt, W.O. S. 12. A. M. Bluntschli, Wechselrecht, S. 184; Borchardt, in Goldschmidts Zeitschr. f. H.-R. Bd. II, S. 84; Haimerl, Wechselrecht, S. 228; Schott in Sarwey's Monatschrift, Bd. XIX, S. 78—80, 85—89.

[3] Entscheidung des Obertribunals zu Berlin vom 5. Juli 1856 im Archiv f. d. W.-R. Bd. VI, S. 270; Borchardt in Goldschmidts Zeitschr. f. H.-R. Bd. II, S. 83—85; Hoffmann, Wechselordnung, S. 568; Archiv f. d. W.-R. Bd. XII, S. 358—360.

Digitized by Google

handlung [4] oder der Mittheilung der Forderungsanmeldung an den Massekurator [5] oder an den Kontradiktor [6] die Wechselverjährung unterbrochen werde. [7] Auch die Praxis der württembergischen Gerichte und insbesondere auch des Obertribunals hat zwischen diesen verschiedenen Ansichten schon vor Einführung der allg. deutschen Wechselordnung und bis in die neueste Zeit hin und hergeschwankt. Doch neigte sich die ältere Praxis der Untergerichte mehr dahin, die Konkurseröffnung als einen Hemmungsgrund der Wechselverjährung zu betrachten, und wohl in den meisten Fällen wurden die liquidirten Wechselforderungen, wenn auch die Verjährungsfrist in der Zeit von der Eröffnung des Konkurses bis zur Schuldenliquidation abgelaufen war, unbeanstandet gelassen und als Wechselforderungen locirt. [8] Hiemit in Uebereinstimmung steht eine Entscheidung des Gerichtshofes zu Tübingen vom 16. März 1841, welche davon ausgeht, daß während der Dauer des Konkurses eine Wechselklage und ein Wechselverfahren nicht statthaft sei, und hieraus folgert, daß nach der Regel

---

[4] Entsch. des Obertribunals zu Stuttgart vom 14. März 1855, vgl. Note 16.

[5] Entsch. des Oberlandesgerichtes zu Prag v. 4. April 1859 und des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 12. Juli 1859; Allg. österr. Gerichts-Zeitung von 1859, Nro. 107, S. 427; Archiv f. d. W.-R. Bd. X, S. 72—74; württemb. Archiv Bd. III, S. 184, 185. Dagegen Entscheidung des Obertribunals zu Berlin vom 12. Fbr. 1859 in Goldschmidts Zeitschr. f. H.-R. Bd. III, S. 578, 579.

[6] Renaud, im Archiv f. d. W.-R. Bd. VIII, S. 319—322; Thöl, Handelsrecht Bd. II, (2. Aufl.) S. 744.

[7] A. M. Erk. des Wechselappellationsgerichtes von Unterfranken und Aschaffenburg vom 4. Mai 1855 in der Zeitschr. für Gesetzg. und Rechtspfl. in Bayern, Bd. II, S. 495; Kletke, Präj. Bd. I, S. 215, 216, Nro. 546; Borchardt, W. O. (2. Aufl.) S. 172, Note 231; Entsch. des Obertribunals zu Berlin vom 4. November, 14. 18. Dezember 1858, 24. Jan., 12. Febr. 1859; Borchardt, W. O., S. 170, Zus. 321; Goldschmidt, Zeitschr. f. H.-R. Bd. III, S. 581.

[8] Vergl. auch Sarwey, Monatschr. Bd. XIX, S. 71.

Digitized by Google

„agere non valenti non currit praescriptio“ insolange auch die Verjährung ruhen oder schlafen müsse. [9] In derselben Weise haben sich Kapff [10] und Gmelin [11] ausgesprochen, während in der Entscheidung eines anderen Gerichtshofes vom 21. Juni 1827 sich dahin ausgesprochen worden war, daß eine Hemmung der Verjährung durch den Konkurs des Wechselschuldners nicht bewirkt werde, da der Konkurs nur die Wechselexekution, nicht aber die Wechselklage gegen den Gemeinschuldner ausschließe und, wenn auch mit der Klage ein Verfahren nach Wechselstrenge nicht mehr zu erreichen sei, doch wenigstens noch auf Anerkennung des Wechsels geklagt werden könne. [12] Als Vorfrage wurde bei beiden Entscheidungen betrachtet, ob nach württ. Rechte während der Dauer des Konkurses die Anstellung einer Wechselklage zuläßig sei, und die Entscheidung dieser Frage wurde in beiden Fällen auf die verschieden interpretirte Bestimmung des §. 7, Kap. VII der württ. Wechsel- und Wechselgerichtsordnung von 1759 gestellt. Diese in dem Gesetze vom 18. Mai 1864, betreffend die Einführung der Nürnberger Novellen, ausdrücklich aufrecht erhaltene Bestimmung lautet dahin: „Von gantmäßigen Schuldnern.“ „Wäre endlich Derjenige, so zahlen soll, zur Verfallzeit schon wirklich gantmäßig oder würde es doch dadurch, wenn die Bezahlung des eingeklagten Wechsels oder Verschreibung hinzukäme, oder würde sich auch selbsten erklären, daß er nicht Solvendo sei, so kann die Exekution nicht vorgenommen werden, sondern es ist sogleich mit der Vermögens-Obsignation und Inventur vorzugehen, und alsdann muß der Kläger sich in den Gant einlassen, ein solcher Wechsel oder Verschreibung aber solle in dem Urtheil der Zeitordnung nach unter den Privathypotheken lociret werden.“ Das Ober-

---

[9] Sarwey, Monatschr. Bd. XIX, S. 73.
[10] de locat. camb. propr. in conc. cred. §. 7, Nro. 3.
[11] Ordnung der Gläubiger S. 549.
[12] Sarwey, Monatschr. Bd. XIX, S. 71, 72.

Digitized by Google

tribunal hat diese Bestimmung in einer Entscheidung vom 22. März 1845 in Sachen der v. O.'schen Erben gegen die K. Hofbank in ähnlicher Weise, wie dies in der älteren der angeführten Gerichtshofsentscheidungen geschehen ist, dahin ausgelegt, daß die Bestimmung nicht die Anbringung der Wechselklage gegen einen insolventen Wechselschuldner, sondern nur die Vornahme der Wechselexekution für unstatthaft erkläre, und die durch den Konkurs des Wechselschuldners bewirkte voraussichtliche Erfolglosigkeit der Wechselklage wegen Unzulässigkeit der Exekution kein rechtliches Hinderniß gegen die Herbeiführung des Wechselverfahrens durch Anstellung der Wechselklage gegen den Kridar abgebe. Dabei wurde weiter bemerkt, daß das Obertribunal selbst da, wo in der Bitte um Erkennung des Wechselprozesses auf die Zahlungsunfähigkeit des Wechselschuldners sich berufen, oder von der Anordnung der Vermögensuntersuchung gegen denselben Anzeige gemacht worden sei, und die Erhebung der Klage augenscheinlich nur in der Absicht, die Wechselverjährung zu unterbrechen, ihren Grund gehabt habe, die Wechselklage nicht zurückgewiesen, sondern den Wechselprozeß erkannt oder wenigstens ausgesprochen habe, daß schon durch die Anstellung der Klage jene Absicht erreicht sei. [13] Von diesem Standpunkte aus war es nur eine Konsequenz, daß das Obertribunal in der angeführten Entscheidung vom 22. März 1845 in Sachen der von O.'schen Erben gegen die K. Hofbank sich dahin ausgesprochen hat, daß durch den Ausbruch des Konkurses über den Wechselschuldner die Wechselverjährung nicht gehindert werde. Uebrigens ist mir kein Fall bekannt, wo, wie in den Entscheidungsgründen zu dem Erkenntnisse vom 22. März 1845 bemerkt ist, gegen einen im Konkurs befindlichen Wechselschulder Wechselprozeß wirklich erkannt und Verhandlung eingeleitet worden wäre, was sich wohl

[13] Sarwey, Monatschr. Bd. XIX, S. 75. Württ. Archiv Bd. II, S. 508, Note 34.

Digitized by Google

auch mit der angeführten Bestimmung der württ. Wechselordnung nicht vereinigen ließe. Dieß hat auch das Obertribunal am 8. Januar 1850 in der Wechselsache W. gegen E. ausdrücklich anerkannt, indem hier die erhobene Wechselklage aus dem Grunde der gegen den Wechselschuldner eingeleiteten Vermögensuntersuchung zurückgewiesen wurde, da hienach in Gemäßheit der fraglichen Bestimmung der württ. Wechselordnung ein Verfahren im Wechselprozesse nicht mehr zulässig sei. [14] Dasselbe wurde in späteren Entscheidungen so z. B. am 23. Juni 1850 in der Wechselsache B. gegen K. und Sch. am 23. Juni 1854 in der Appellationssache B. gegen H. und am 19. Februar 1858 in der Wechselsache St. gegen A. ausgesprochen, und auch das Oberhandelsgericht hat sich in einer Entscheidung vom 6. Febr. 1866 dieser Thesis angeschlossen. [15]

Obgleich jedoch das Obertribunal hienach die Unzulässigkeit eines Wechselverfahrens gegen den im Konkurse befindlichen Wechselschuldner anerkannt hatte, und demzufolge seit dieser Zeit in allen Fällen, wo der Wechselschuldner im Konkurse sich befand, den Wechselprozeß nicht erkannt und keine Ladung des Beklagten erlassen hat, so wurde dagegen in Folge eines Beschlusses vom 23. Juni 1850 in der Wechselsache B. gegen K. u. Sch. von dieser Zeit an in Fällen der gedachten Art das Duplikat der Wechselklage dem Wechselschuldner, bezw. dessen Güterpfleger zugestellt, um dadurch die Unterbrechung der Verjährung zu bewirken. [16] Demzufolge konnte das Obertribunal, trotz der anerkannten Unzulässigkeit eines Wechselverfahrens gegen den insolventen Wechselschuldner, daran fest halten, daß durch die Eröffnung des Konkurses über den Wechselschuldner die Wechselverjährung nicht gehindert werde, und hat dies auch am 23. Dezbr. 1854 in Sachen B. gegen H.

---

[14] Württ. Archiv Bd. II, S. 527, Nro. 125.

[15] Württ. Archiv Bd. IX, S. 354 ff.

[16] Württ. Archiv Bd. II, S. 508, Note 34, Bd. III, S. 184.

Digitized by Google

und am 14. März 1855 in Sachen P. gegen de N. ausgesprochen. [17] Uebrigens ist in der Entscheidung vom 23. Dezbr. 1854 nur gesagt, daß die Unterbrechung der Verjährung durch den Ausbruch des Konkurses über den Wechselschuldner nicht bewirkt werde, obwohl der Grund der Entscheidung, daß der Konkurs die Anstellung und Behändigung einer Wechselklage nicht hindere, dahin führen müßte, den Konkurs auch als einen Hemmungsgrund der Verjährung nicht anzuerkennen; in der Entscheidung vom 14. März 1855 aber ist nur kurz bemerkt, man könne zugeben, daß der Ausbruch des Konkurses die Wirkung, den Lauf der Wechselverjährung aufzuhalten, nicht habe. Dagegen wurde durch die letztgedachte Entscheidung ausgesprochen, daß jedenfalls durch die Anmeldung der Wechselforderung im Konkurse und die Einleitung einer Verhandlung hierüber die Verjährung unterbrochen werde, indem die Anmeldung der Forderung der Anstellung einer Klage gleich zu achten sei und die nachgefolgte Verhandlung hierüber die Behändigung der Klage vertrete. [18] Da sodann ferner am 8. April 1857 in der Wechselsache M. c. Z. von dem Obertribunal ausgesprochen wurde, daß durch bloße Behändigung der Klage, ohne daß eine Ladung des beklagten Wechselschuldners zur Verhandlung erfolge, die Verjährung nicht unterbrochen werde, [19] so hatte die bis dahin geübte einfache Mittheilung der Wechselklage an den im Konkurse befindlichen Wechselschuldner oder seinen Güterpfleger keinen Sinn mehr und es wurde demzufolge am 19. Febr. 1858 in der Wechselsache St. c. A. beschlossen, in den Fällen, wo wegen Ausbruchs des Konkurses gegen

---

[17] Württ. Archiv Bd. II, S. 508, Ziff. 56, Bd. III, S. 180, 181; Borchardt, Wechselordnung (2. Aufl.) S. 234; Wächter, Wechsellehre S. 623; Seuffert, Archiv, Bd. IX, S. 275. Nro. 208.

[18] Seuffert, Archiv, Bd. IX, Nro. 208; Württ. Archiv, Bd. I, S. 112 f.; Bd. II, S. 508, Nro. 57; Bd. III, S. 184; Kletke, Präj. Bd. I, S. 215 f. Nro. 545.

[19] Württ. Archiv, Bd. II, S. 507, 508, Nro. 55.

Digitized by Google

einen Wechselschuldner ein Wechselverfahren gegen denselben nicht mehr zuläßig sei, dem Kläger unter Benachrichtigung von diesem Hindernisse zu überlassen, zur Wahrung seiner Rechte Behufs der Unterbrechung der Verjährung bei dem Konkursgerichte die nöthigen Schritte zu thun, und diesem Beschlusse gemäß wurde von dem Obertribunal in seiner Eigenschaft als Wechselgericht längere Zeit verfahren. [20] Später wurde in Folge von Zweifeln, die sich erhoben hatten, ob durch Schritte des Wechselgläubigers bei dem Konkursgerichte eine Unterbrechung der Wechselverjährung sofort bewirkt werden könne, in den Fällen, wo der mit einer Wechselklage belangte Wechselschuldner konkursmäßig war, sich darauf beschränkt, den Wechselprozeß aus dem Grunde der Konkursmäßigkeit des Wechselschuldners abzuschlagen, und hiebei blieb es, solange das Obertribunal noch als Wechselgericht funktionirte. Dagegen kam in der am 15. Februar 1867 entschiedenen Appellationssache H. und Genossen gegen F. und Genossen die Frage von der Hemmung der Wechselverjährung durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Wechselschuldners wieder zur Sprache und es wurde dieselbe nunmehr nach vorgängiger Berathung in voller Versammlung des Obertribunals von demselben bejaht. Die Entscheidungsgründe enthalten hierüber im Wesentlichen Folgendes:

„Die Verjährung eines Anspruchs setzt die Nichtausübung desselben innerhalb einer gewissen Frist voraus, zu ihrem Beginne wird daher die rechtliche Möglichkeit der Ausübung des Anspruchs erfordert, es muß dem Anspruchsberechtigten die rechtliche Möglichkeit gegeben sein, den Anspruch in einer solchen Weise auszuüben oder geltend zu machen, daß dadurch die Verjährung gehindert wird. Fehlt es an dieser rechtlichen Möglichkeit, so wäre es ein Widerspruch in sich selbst, wenn das Gesetz an die Nichtausübung des Anspruchs den Verlust desselben knüpfen

[20] Württ. Archiv Bd. II, S. 508, Nro. 58; Bd. III, S. 183.

Digitized by Google

wollte. In Konsequenz dieses juristischen Grundprinzips der Anspruchsverjährung muß jedes rechtliche Hinderniß den Beginn und Lauf der Verjährung hemmen, welches eine solche Ausübung oder Geltendmachung des Anspruchs nicht zuläßt, wie sie zur Ausschließung oder Unterbrechung der Verjährung erforderlich ist. Diese Grundzüge finden auch auf die Verjährung von Wechselansprüchen Anwendung. Denn obwohl die allgemeine deutsche Wechselordnung bezüglich der Hemmung der Verjährung eine Bestimmung nicht enthält, so folgt hieraus nicht, daß die dießfalls geltenden allgemeinen Grundsätze abgeändert werden wollten, und die Verhandlungen der Leipziger Wechselkonferenz zeigen auch, daß die Unterlassung der Aufnahme einer Bestimmung über die Hemmung der Wechselverjährung in die allgemeine deutsche Wechselordnung eine Aufhebuug der dießfalls geltenden allgemeinen Grundsätze des Civilrechts nicht bedeutet. [21] Wenn aber von Manchen eine Hemmung der Wechselverjährung als mit den Bedürfnissen des Wechselverkehrs unverträglich darzustellen gesucht wird, [22] so könnte dieser Grund nur für den Gesetzgeber in Betracht kommen, nicht aber kann daraus die Unanwendbarkeit bestehender civilrechtlicher Grundsätze gefolgert werden, und überdieß erhellt aus der Rechtsprechung, wie aus der Partikulargesetzgebung, daß die Unverträglichkeit der Annahme einer Hemmung der Wechselverjährung mit den Bedürfnissen des Wechselverkehrs keineswegs allgemein anerkannt ist. [23] Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Wechselschuldners wird aber der Wechselgläubiger gehindert, seine Wechselansprüche in der Weise gegen den

---

[21] Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz S. 201, 202, 243, 244.

[22] Haimerl, Wechselrecht S. 228; Schott, in Sarwey's Monatschrift Bd. XIX, S. 78—80, 85—89; Bluntschli, Wechselrecht, S. 184; Borchardt, in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. II, S. 84.

[23] Vgl. Note 2.

Digitized by Google

Wechselschuldner zu verfolgen, wie dieß nach den Bestimmungen der allgemeinen deutschen Wechselordnung zur Unterbrechung der Wechselverjährung erforderlich ist. Nach Art. 80 der allgemeinen deutschen Wechselordnung wird zur Unterbrechung der Wechselverjährung die Erhebung einer Klage Seitens des Wechselgläubigers, an deren Stelle zutreffenden Falls die Streitverkündigung treten kann, und die Befriedigung der Klage an den Wechselschuldner erfordert. Eine andere Art der Wechselverjährung kennt die allgemeine deutsche Wechselordnung nicht und es zeigen auch die Verhandlungen der Leipziger Wechselkonferenz, daß jede sonstige Art der Wechselverjährung absolut ausgeschlossen und keinem anderen Umstande die Wirkung der Unterbrechung der Wechselverjährung eingeräumt werden wollte.[24] Die Klage, deren Erhebung zur Unterbrechung der Wechselverjährung erfordert wird, ist aber die Wechselklage, da nur diese zur gerichtlichen Verfolgung der auf der formalen Grundlage der allgemeinen deutschen Wechselordnung beruhenden wechselmäßigen Ansprüche, insbesondere auch der Wechselregreßansprüche gegeben ist, wie denn auch der dem Art. 80 korrespondirende letzte Absatz des Art. 79 der allgemeinen deutschen Wechselordnung ausdrücklich von Anstellung der Wechselklage redet. Die Wechselklage kann im Wege des Wechselprozesses vor dem hiefür zuständigen Wechselgerichte oder im Wege des ordentlichen Civilverfahrens vor dem ordentlichen Civilrichter verfolgt werden. Der eine, wie der andere Weg ist dem Wechselgläubiger in Folge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Wechselschuldners verschlossen. Nach dem auch in Württemberg geltenden Prinzip der Attraktivkraft des Konkursgerichtsstandes sind nach der Eröffnung des Konkurses in der Regel alle Ansprüche gegen den Gemeinschuldner bei dem Konkursgerichte geltend zu machen und es können,

---

[24] Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz, S. LXXIII, 187, 188, 206.

Digitized by Google

wenn die Konkurseröffnung erfolgt ist, jene Ansprüche gegen den Gemeinschuldner weder im Wege besonderer Klage zur Geltung gebracht, noch im Wege der Exekution selbstständig und vorzugsweise realisirt werden. Der Gläubiger, welcher seine Forderung zur Geltung bringen und deren Befriedigung beanspruchen will, hat sich in den Konkurs einzulassen, in diesem seine Ansprüche festzustellen und durchzuführen und nach Maßgabe der Konkursordnung seine Befriedigung zu erwarten. Dieß gilt auch für Wechselforderungen, deren Entstehungsgrund vor die Zeit der Konkurseröffnung zurückreicht, indem deren Geltendmachung mittelst besonderer Klage durch den Konkurs des Wechselschuldners ebenso gehindert wird, wie dieß bei andern Forderungen der Fall ist, was bezüglich des Wechselprozesses durch die Bestimmung der württemb. Wechselgerichtsordnung von 1759, Kap. VII, §. 7 noch besonders bestätigt wird, da hier für den Fall der Konkursmäßigkeit des Wechselschuldners nicht nur die Wechselexekution gegen denselben allgemein, also auch in der Richtung auf die Person des Wechselschuldners ausgeschlossen, sondern überdieß geradezu die Verbindlichkeit des Wechselgläubigers, sich in den Konkurs einzulassen, ausgesprochen, hiemit aber jedes wechselrechtliche Verfahren während der Dauer des Konkurses für unstatthaft erklärt ist. [25] Ist demzufolge der Wechsel-

[25] Auch nach allgemeinen Grundsätzen ist die separate Verfolgung der Wechselklage im Wechselprozesse während der Dauer des Konkurses über das Vermögen des Wechselschuldners ausgeschlossen und zwar kann auch die Person des Wechselschuldners nicht in Anspruch genommen werden. Dabelow, Konkurs der Gläubiger S. 529, 530; Schmidt, Civilprozeß, Thl. III. §. 209, S. 202, 203; Gensler, im Archiv für civ. Praxis, Bd. II, S. 360; Gmelin, vom materiellen Konkurs der Gläubiger, §. 24; Derselbe, Ordnung der Gläubiger, §. 126, S. 547; Borchardt, in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. II, S. 83 f.; Wächter, Wechsellehre, S. 734, 748. In Uebereinstimmung hiemit hat sich auch die Leipziger Wechselkonferenz gegen die Statthaftigkeit der Verfolgung des Wechselschuldners im Wechselprozesse

Digitized by Google

gläubiger durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Wechselschuldners gehindert, vermittelst Anstellung besonderer Wechselklage eine Unterbrechung der Wechselverjährung herbeizuführen, so kann solche ebensowenig durch die Anmeldung der Wechselforderung im Konkurse bewirkt werden. Denn die bloße Anmeldung einer Wechselforderung im Konkurse ist keine Wechselklage, wie sie der Art. 80 der allg. deutschen Wechselordnung zur Unterbrechung der Wechselverjährung verlangt; vielmehr fällt dieselbe unter den Gesichtspunkt eines, auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners beschränkten Exekutionsgesuches, und der Wechselgläubiger, welcher sich in den Konkurs des Wechselschuldners einläßt und in diesem seine Forderung anmeldet, erklärt damit zunächst nur, daß er seine Befriedigung aus der Konkursmasse nach Maßgabe der Prioritätsordnung verlange. Allerdings kann, wenn die Forderung bestritten wird, was sich aber erst im Liquidationstermine zu ergeben pflegt, die Anmeldung der Forderung die Stelle einer Klage vertreten und zur gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung über die Forderung führen, wozu das Konkursgericht nach dem Prinzip der Attraktivkraft des Konkursgerichtsstandes zuständig ist. Allein der Umstand, daß die Anmeldung der Forderung im Konkurse zur gerichtlichen Verhandlung derselben führen kann, macht nicht schon die Anmeldung für sich zur gerichtlichen Klage. Könnte aber auch eine solche

---

während des Konkurses ausgesprochen, Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz, S. 168, vergl. mit S. XIX, XX, LXXVII, und dieselbe Ansicht hat auch in der Praxis deutscher Gerichte vielfache Anerkennung gefunden. Archiv f. d. W.-R., Bd. VI, S. 270, Bd. VII, S. 201, Bd. VIII, S. 113; Goldschmidt, Zeitschr. f. H.-R., Bd. II, S. 131, Nro. 42, Bd. III, S. 577 ff.; Schletter, Jahrb. Bd. V, S. 60; Württ. Archiv, Bd. III, S. 181 ff. A. M. Kori, Konkursprozeß §. 36; Schweppe, Konkurs der Gläubiger §. 83, Nro. 4; Bayer, Konkursprozeß, §. 27, Note 2; Renaud, im Archiv f. d. W.-R., Bd. VIII, S. 319—322; Thöl, Handelsrecht, Bd. II, (2. Aufl.) §. 338. S. 764.

Digitized by Google

Anmeldung der Wechſelforderung im Konkurſe als eine Klage im Sinne des Art. 80 der allg. deutſchen Wechſelordnung betrachtet werden, ſo würde die Anmeldung zur Unterbrechung der Wechſelverjährung zu führen deßhalb nicht geeignet ſein, weil der Gläubiger nicht im Stande iſt, eine Behändigung an den Wechſelſchuldner, wie ſie zur Unterbrechung der Wechſelverjährung erforderlich iſt, durch ſeine Anmeldung herbeizuführen. Wie aus der Entſtehungsgeſchichte der Beſtimmung des Art. 80 der allg. deutſchen Wechſelordnung hervorgeht, muß die Klagbehändigung, wenn ſie eine Unterbrechung der Verjährung bewirken ſoll, zum Zwecke der Einleitung der gerichtlichen Verhandlung über die Klage erfolgt und mit der Ladung zu dieſer verbunden ſein. Nach den Motiven zu dem §. 73 des den Berathungen der Leipziger Wechſelkonferenz unterſtellten preußiſchen Entwurfes ſollte ſich dieſer in fraglicher Beziehung an die Beſtimmungen des preußiſchen Landrechtes anſchließen. Dieſes erfordert aber (Thl. II, Tit. 8, §§. 907, 908, 911) zur Unterbrechung der Wechſelverjährung, daß der Wechſelſchuldner von dem Gerichte zur Verhandlung der Wechſelklage geladen werde, es konnte daher der preußiſche Entwurf unter dem in demſelben gebrauchten Ausdruck „Behändigung der Klage“ nur eine ſolche Behändigung verſtehen, welche, mit der Ladung auf gleicher Linie ſtehend, die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens zum Zwecke hat. Es folgt dieß weiter daraus, daß in den Motiven ſtatt des in dem Entwurfe gebrauchten Ausdrucks „Behändigung der Klage“ der andere Ausdruck „Ladung vor Gericht“ gebraucht iſt, hiemit aber beide Ausdrücke für gleichbedeutend erklärt ſind, wie denn auch in Uebereinſtimmung hiemit im letzten Abſatze des Art. 79 der allg. deutſchen Wechſelordnung ſelbſt beide Ausdrücke gleichfalls vollkommen identificirt werden. Hiezu kommt noch, daß ſich nach den Motiven zu dem preußiſchen Entwurfe mit der fraglichen Beſtimmung auch an den code angeſchloſſen werden wollte und nach dieſem zur Unterbrechung der

Digitized by Google

Verjährung gleichfalls Ladung vor Gericht verlangt wird. Bei der Berathung des §. 73 des preußischen Entwurfes in der Leipziger Konferenz wurde aber gegen die fragliche Bestimmung ein Widerspruch nicht erhoben und man muß daher annehmen, daß die Bestimmung in dem Sinne gut geheißen worden ist, in welchem sie vorgeschlagen war. [26] Eine die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens über die Wechselforderung bezweckende und mit der Ladung zur Verhandlung über diese Forderung verbundene Behändigung der Forderungsanmeldung an den Kontradiktor innerhalb der Verjährungsfrist herbeizuführen, steht aber nicht in der Macht und Willkühr des Gläubigers, vielmehr hat sich dieser, wenn er durch die Anmeldung seiner Forderung in den Konkurs einzulassen sich erklärt, den Formen des Konkursprozesses zu unterwerfen und nach Maßgabe der für diesen bestehenden Vorschriften die Verhandlung über seine Ansprüche abzuwarten. Zu dieser Verhandlung ist aber der Liquidationstermin bestimmt, dessen Festsetzung von den Umständen abhängt und durch eine anticipirte Forderungsanmeldung Seitens einzelner Gläubiger nicht beschleunigt werden kann. Zudem ist das Konkursgericht, selbst wenn dasselbe sich zur Zeit solcher Forderungsanmeldungen in der Lage befindet, den Liquidationstermin bestimmen zu können, vermöge der für den Konkursprozeß bestehenden Vorschriften zu besonderen Verfügungen auf die vorgängigen Forderungsanmeldungen, insbesondere zu einer Behändigung derselben an den Kontradiktor zum Zwecke der Einleitung der Verhandlung darüber überall nicht verbunden. Hiezu kommt, daß es regelmäßig selbst an der thatsächlichen Möglichkeit einer Klagebehändigung fehlen wird, da durch die an die Konkurseröffnung geknüpfte Beschränkung der Dispositionsbefugniß des Gemeinschuldners diesem die Fähigkeit entzogen ist, in den gegen

[26] Protokolle der Leipziger Wechselkonferenz S. XVI, LXXIII, 187, 188, 206.

Digitized by Google

ihn anhängigen Liquidationsprozessen selbstständig zu handeln, ihm daher mit rechtlicher Wirkung auch eine Klage nicht behändigt werden kann, ein Kontradiktor aber nach der Bestimmung des §. 33 der Justiznovelle vom 15. Sept. 1822 nur in bedeutenderen und schwierigeren Fällen zu bestellen ist, der Güterpfleger aber nicht den Gemeinschuldner, sondern die Gesammtheit der Gläubiger, und auch diese nur in Beziehung auf die Ausübung des der Gläubigerschaft zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsrechtes über die Konkursmasse vertritt, [27] an ihn daher eine Klagbehändigung mit der Wirkung der Verjährungsunterbrechung gegen den Gemeinschuldner nicht erfolgen kann." [28]

Nachdem das Obertribunal hiemit ausgesprochen hatte, daß durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Wechselschuldners die Wechselverjährung gehemmt werde, so mußte auch der Zeitpunkt näher festgestellt werden, in welchem diese Wirkung eintritt, was mit der Frage zusammenfällt, von welchem Zeitpunkte an das Wechselverfahren und überhaupt die separate Verfolgung von Ansprüchen gegen den Gemeinschuldner ausgeschlossen ist, da von diesem Zeitpunkte an eine Behändigung der Klage an den Wechselschuldner mit rechtlicher Wirkung nicht mehr erfolgen kann, dieß aber den Grund für die Hemmung der Anspruchsverjährung abgibt. Nun wird die separate Verfolgung der Ansprüche gegen den Gemeinschuldner mit dem Zeitpunkte ausgeschlossen, in welchem die freie Dispositionsbefugniß desselben über sein Vermögen aufhört, da

---

[27] Bayer, Konkursprozeß, §. 41; Schweppe, Konkurs der Gläubiger, §. 98, 99; Kori, Konkursprozeß, §. 83; Martin, Civilprozeß, (13. Aufl.) §. 322, Ziff. 3. Vertreter des Gemeinschuldners gegen die von den einzelnen Gläubigern liquidirten Ansprüche ist der Kontradiktor: Bayer, a. a. O., §. 42; Schmidt, Civilprozeß, Thl. III, §. 211, S. 232, Note 4; Dabelow, Konkurs der Gläubiger, S. 577; Martin, a. a. O., §. 322, Ziff. 4.

[28] Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. III, S. 578, 579.

Digitized by Google

er von diesem Augenblicke an nicht mehr handelnd vor Gericht auftreten kann; dieser Zeitpunkt muß daher auch für den Eintritt der Hemmung der Wechselverjährung entscheiden. Nun bestimmt der Art. 23 des Gesetzes vom 5. September 1839 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen, daß von dem Zeitpunkte an, wo der Schuldner der obrigkeitlichen Behörde seine Ueberschuldung anzeigt, oder wo er von dem Antrage des Gemeinderaths oder der Unterpfandsbehörde auf Vermögensuntersuchung oder von der Einleitung der letzteren Kenntniß erhält, jede Verfügung des Schuldners über sein Vermögen als nichtig angefochten werden könne; von diesem Zeitpunkte an ist somit der Schuldner zur freien Verfügung über sein Vermögen nicht mehr berechtigt, und dieser Zeitpunkt ist es daher auch, welcher für die Hemmung der Wechselverjährung entscheidet. Dahin hat sich auch das Obertribunal am 15. Februar 1867 ausgesprochen.[29]

Zu Art. 88 Ziff. 1 der a. d. W.-O.

2) Mangelhafte Beschaffenheit der Wechselabschrift in der Protesturkunde.

Nach Art. 88 Ziff. 1 der allgemeinen deutschen Wechselordnung muß der Protest eine wörtliche Abschrift des Wechsels oder der Kopie und aller darauf befindlichen Indossamente und Bemerkungen enthalten. Allein damit ist nicht ausgesprochen, daß schon durch jede Unvollständigkeit oder Ungenauigkeit der Abschrift an sich, durch jede unbedeutende Abweichung der letzteren von dem Original die Ungiltigkeit des Protestes und der Verlust des Regresses bewirkt werden solle, vielmehr ist die Vorschrift der Aufnahme einer wörtlichen Abschrift des Wechsels in die Pro-

---

[29] Demgemäß ist auch die in Bd. IX dieses Archivs S. 355 mitgetheilte Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 6. Februar 1866 zu modifiziren. Vergl. auch die württ. Wechselgerichtsordnung von 1759 Kap. VII, §. 7.

Digitized by Google

teſturkunde aus dem Grunde und Zwecke dieſer Vorſchrift zu erklären und von dieſem Standpunkte aus zu beurtheilen, ob im einzelnen Falle der Vorſchrift des Geſetzes Genüge geleiſtet iſt. Der Zweck der vorgeſchriebenen Aufnahme einer Abſchrift des Wechſels in die Proteſturkunde liegt aber in dem dadurch zu erreichenden Nachweiſe der Identität des proteſtirten und des im Regreßwege zurückgehenden Wechſels. Denn da die Proteſturkunde das ausſchließliche Beweismittel für die Wahrung der Bedingungen des Wechſelregreſſes bildet, ſo muß aus ihr auch erhellen, daß dieſe Bedingungen gerade in Beziehung auf den in Frage ſtehenden Wechſel gewahrt worden ſind, und zur Herſtellung dieſes Beweiſes iſt die Aufnahme der Wechſelabſchrift in die Proteſturkunde vorgeſchrieben. Dieſe Aufnahme der Wechſelabſchrift iſt daher ſo wenig, als die Erhebung des Proteſtes überhaupt, Selbſtzweck, ſie iſt nicht eine von dem materiellen Verhältniſſe losgelöste bloße Formalität, nicht ein reiner Formalakt, ſondern ſie iſt, wie der Proteſt, das Mittel zu dem Zwecke des Nachweiſes der Regreßbedingungen, indem durch ſie der Beweis der Identität des Wechſels, auf den ſich die durch den Proteſt zu beweiſenden Bedingungen des Wechſelregreſſes beziehen, hergeſtellt werden ſoll. Allerdings darf die Abſchrift in der Proteſturkunde nicht fehlen, ihre Aufnahme iſt ein formelles Erforderniß der letztern und eine der Vorausſetzungen der Giltigkeit des Proteſtes als einer ſolennen Beweisurkunde. Allein eben weil der Proteſt, wenn auch ein unerläßlicher Solennitätsakt, doch ſeiner inneren Bedeutung nach Beweismittel iſt, ſo muß dieſe Eigenſchaft bei Beurtheilung der Einhaltung der die Form der Proteſturkunde regelnden Vorſchriften maßgebend in Betracht kommen und demzufolge auch die Vorſchrift der Aufnahme einer wörtlichen Abſchrift des Wechſels in die Proteſturkunde dem Zwecke derſelben entſprechend ausgelegt und angewendet werden. Nicht die bloße Formfrage der abſoluten Vollſtändigkeit und Gleichheit der Abſchrift mit ihrem Originale, ſondern die Identitätsfrage

Digitized by Google

des protestirten und des im Regreßwege zurückgehenden oder geltend gemachten Wechsels ist es daher, welche bei Beurtheilung der Wechselabschrift in der Protesturkunde in den Vordergrund zu stellen ist, und es ist demzufolge die wörtliche Uebereinstimmung der Abschrift mit dem Original nur insoweit eine wesentliche Voraussetzung für den Regreßanspruch, als jene Uebereinstimmung zur Herstellung der Identität des protestirten und des auf Grund des Protestes im Regreßwege geltend gemachten Wechsels erfordert wird. Fehlt es an dieser Uebereinstimmung, so ist es daher nicht sowohl ein formeller Mangel der Protesturkunde, als vielmehr der materielle Mangel der Beweisfähigkeit derselben für die ausschließlich durch sie herzustellende Identität des im Regreßwege zurückgehenden und des protestirten Wechsels. Eine andere Auslegung des Gesetzes würde zu maßlosen und den Zweck des Gesetzes verkehrenden Härten führen, der Chikane ein weites Thor öffnen und zu Gunsten eines todten Formalismus mit dem Leben und seinen Bedürfnissen in Widerspruch treten. Finden sich sonach im einzelnen Falle in der Wechselabschrift der von dem Regreßnehmer vorgelegten Protesturkunde Abweichungen von dem Inhalte des im Regreßwege geltend gemachten Wechsels, so ist es nach den Umständen dieses Falles zu beurtheilen, ob die vorhandenen Abweichungen von der Art sind, um triftige Gründe für die Bezweiflung der Identität an die Hand zu geben. Ist dieß nicht der Fall, besteht ungeachtet der Abweichungen der Wechselabschrift von dem vorgelegten Wechsel über die Identität kein gegründeter Zweifel, so können auch jene Abweichungen keinen Grund abgeben, den Verlust des Regresses daraus zu folgern.

Entsch. des Obertribunals vom 15. Februar 1867 in der Appellationssache H. und Gen. gegen F. und Gen.

Diese Grundsätze hat das Obertribunal[30] in folgenden Fällen zur Anwendung gebracht:

[30] Das von dem Obertribunal angenommene Prinzip wird auch anerkannt von Gelpke, Zeitschrift Heft 3, S. 155—162 und

a) Den 15. November 1864 wurde in einem Falle, wo in der dem Proteste einverleibten Abschrift des Wechsels als Unterschrift des Ausstellers „H. Schneider" geschrieben war, während die Unterschrift des Wechsels in dem eingeklagten Wechsel anerkanntermaßen „H. Stückle" oder „Stückle" zu lesen war, die hierauf gestützte Einwendung der Präjudizirung des Wechsels verworfen, weil die Unterschrift auf dem Original des Wechsels ganz unleserlich war, in der bei der Protestaufnahme in Paris vorgelegenen amtlichen Uebersetzung aber die Züge der Unterschrift in einer Weise nachgebildet waren, daß sie als H. Schneider gelesen werden konnten und alle übrigen Theile des Wechsels mit der Abschrift so vollkommen übereinstimmten, daß die Identität sich mit Grund nicht bezweifeln ließ.

b) Den 20. Dezember 1864 wurde in einem Falle, wo in dem eingeklagten Wechsel als Remittent und erster Indossant „Herr Hubert Alt" genannt war, während die Abschrift des Wechsels in der Protesturkunde „Herrn Hubert" als Remittenten und Indossanten bezeichnete, die darauf gestützte Einwendung gleichfalls verworfen, weil die gedachte Abweichung zu einem gegründeten Zweifel an der Identität keinen Anlaß gab.

c) Den 21. Januar 1865 kam ein Fall zur Entscheidung, wo in der Wechselabschrift in der Protesturkunde das

---

im Archiv f. d. W.-R. Bd. II, S. 66; L. Wächter im Archiv f. d. W.-R. Bd. VII, S. 242—246; Thöl, Handelsrecht Bd. II (2. Aufl.) §. 225, S. 289; Berner, wechselrechtliche Abhandlungen S. 343; ebenso von dem OAG. zu Lübeck, Sammlung der Lübecker Entscheidungen in Hamburger Rechtssachen Bd. II, S. 213; deßgl. von dem Obertribunal zu Berlin in dessen neueren Entscheidungen. Vergl. überhaupt Archiv f. d. W.-R. Bd. III, S. 193 f., 226 f., 351 f.; Bd. IV, S. 174; Bd. V, S. 339; Bd. VII, S. 233 f.; Bd. IX, S. 77—83; Seuffert, Archiv Bd. VII, Nro, 239; Bd. IX, Nro. 64; Bd. XI, Nro. 288; Bd. XIII, Nro. 120, 175; Bd. XVI, Nro. 244. Der strengeren Ansicht neigen sich zu: Hoffmann, Wechselordnung §. 117, S. 616; Renaud, Wechselrecht §. 26; Koch, Wechselrecht S. 336.

Digitized by Google

letzte Indossament, welches der eingeklagte Wechsel enthielt, fehlte. Auch diesem Mangel wurde keine Bedeutung zuerkannt, weil sich derselbe nach den Umständen als ein Versehen erklären ließ und bei der sonstigen völligen Uebereinstimmung der Abschrift mit dem Wechsel die Identität nicht zu bezweifeln war.

d) An demselben Tage wurde in einer anderen Sache die Auslassung der in dem einen eingeklagten Wechsel über der Unterschrift des Ausstellers stehenden Worte: „bon pour six cents francs" in der Protesturkunde für unerheblich erklärt, da der Identitätsbeweis dadurch nicht beeinträchtigt werde. Ebenso wurde es als ein unwesentlicher Mangel erklärt, daß die Wechselabschrift in einer weiteren Protesturkunde das letzte Indossament, welches auf dem eingeklagten Wechsel stand, nicht enthielt, indem hierin ein erklärliches Versehen gefunden wurde, das bei der sonstigen Uebereinstimmung der Abschrift mit dem eingeklagten Wechsel die Identität des protestirten und des letzteren Wechsels nicht zweifelhaft mache. [31]

e) In einem den 15. Februar 1867 entschiedenen Falle enthielt der eingeklagte Wechsel zwei durchstrichene, aber noch lesbare Indossamente, während die Protesturkunde an der Stelle derselben nur die Bemerkung enthielt „acht durchstrichene Linien." Auch dieß wurde nicht als ein wesentlicher Mangel betrachtet, indem angenommen wurde, daß die Unterlassung der wörtlichen Wiedergabe der zwei durchstrichenen, wenn auch lesbaren Indossamente den durch die Protesturkunde zu liefernden Identitätsbeweis zu schwächen nicht geeignet sei, da die Abschrift die ausdrückliche Bemerkung enthalte, daß und wie viele Zeilen auf der Rückseite des Wechsels durchstrichen seien und die Zahl der durchstrichenen Zeilen des Wechsels mit der in der Abschrift

[31] Die unter a—d angeführten Entscheidungen finden sich in vollständiger Wiedergabe in Löhr's Centralorgan für Handels- und Wechselrecht Bd. II, S. 103—107 und in Tafel's Civilrechtsspr. Bd. VI, S. 286—292.

Digitized by Google

angegebenen Zahl übereinstimme, auch im Uebrigen Abschrift und Wechsel vollkommen harmoniren.[32]

f) In einem an demselben Tage entschiedenen weiteren Falle bestand die geltend gemachte Unvollständigkeit der Wechselabschrift darin, daß während sich auf den im Regreßwege geltend gemachten Wechseln die lithographirte Firma des Wechselausstellers, sowie verschiedene die Firmen der Remittenten und Indossanten enthaltende Stempelabdrücke nebst beigesetzten Nummern befanden, die in die Protesturkunden aufgenommenen Wechselabschriften hievon nichts enthielten. Auch dieser Mangel wurde für unerheblich erkannt, da ungeachtet der Weglassung der Firmenstempel und Nummern in den Wechselabschriften die Identität der protestirten und der eingeklagten Wechsel durch die Protesturkunden unzweifelhaft dargethan sei, und wenn auch, wie geltend gemacht war, unter Umständen selbst an sich werthlose Notizen und Zeichen für den Identitätsbeweis entscheidend werden können, eine solche unter Umständen zutreffende Möglichkeit einen Grund nicht abgeben könne, in einem Falle, wo die Wechselabschrift auch ohne die Hinzuthat der Zeichen und Nummern den Identitätsbeweis liefere, an die in diesem Falle unerhebliche Weglassung dieser Zeichen den Verlust des Regresses zu knüpfen.

Zu Kap. VI, §. 5 der württ. W.-G.-O.

3) Die Wechselklage kann im ordentlichen Prozesse oder im Wechselprozesse geltend gemacht werden.

Der Wechselprozeß ist für die Wechselklage nicht die

[32] Uebereinstimmend hat sich das Obertribunal zu Berlin in einer Entscheidung vom 13. Januar 1855 ausgesprochen, Archiv f. d. W.-R. Bd. V, S. 339, 340; Kletke, Präj. Bd. I, S. 242, Nro. 624. A. M. Hoffmann, Wechselordnung S. 617. Vergl. auch die Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin vom 9. Nov. 1852, 15. März 1853, 29. Sept. 1858 und 23. Okt. 1862 im Archiv f. d. W.-R. Bd. III, S. 196, 351; Borchardt, Wechselordnung (2. Aufl.) S. 246; Kletke, Präj. Bd. I, S. 242, Nro. 621;

ausschließlich geltende Prozeßart, sondern es hat der Kläger die Wahl zwischen diesem und dem ordentlichen Prozesse.[33] Dieß gilt auch für den württembergischen Prozeß. Im Kap. VI, §. 5 der württ. Wechsel- und Wechselgerichtsordnung vom Jahr 1759 ist bestimmt: daß dem Wechselkläger, welcher Bedenken trage, den Beklagten zur eidlichen Diffession zuzulassen, und lieber nach dem ordinären Weg Rechtens gegen ihn verfahren wolle, dieses zwar unbenommen bleibe, daß er aber solchen Falls von dem Wechselgericht und Recht ab- und an den judicem ordinarium zu verweisen sei. Unter dem „Wechselrecht", von welchem der Kläger abzuweisen ist, ist nicht das materielle Wechselrecht, sondern das Verfahren nach Wechselrecht, der Wechselprozeß, verstanden. Die Wechselordnung will den Wechselkläger, welcher Bedenken trägt, den Beklagten zum Diffessionseid zuzulassen, die Verfolgung seines wechselrechtlichen Anspruchs nicht abschneiden; sie räumt ihm vielmehr die Befugniß ein, den zur Durchführung dieses Anspruchs erforderlichen Beweis der Aechtheit der Wechselunterschrift auch durch andere Beweismittel, als durch den Diffessionseid zu führen, nur ist er zu dieser Beweisführung nicht in dem summarischen Verfahren vor dem Wechselgericht zuzulassen, sondern er hat, wenn er von jener Befugniß Gebrauch machen will, mit seiner Klage den Weg des ordentlichen Verfahrens vor dem ordentlichen Civilrichter zu betreten. Die württ. Wechselordnung schreibt hier nur dasjenige vor,

---

Seuffert, Archiv Bd. VII, Nro. 239; Bd. XIII, Nro. 175; Bd. XVI, Nro. 244.

[33] Renaud, Lehrb. des Wechselrechts §. 77, Ziff. 2 u. Note 8; Derselbe im Archiv f. d. W.-R. Bd. VIII, S. 278, 279; Thöl, Handelsrecht (2. Aufl.) Bd. II, §. 333, S. 756; Entsch. des Obertribunals zu Berlin vom 11. März 1852 im Archiv f. d. W.-R. Bd. III, S. 203, 204; Entsch. des OAG. zu Lübeck vom 16. Okt. 1852 in Kletke, Präj. Bd. I, S. 217 f. und Forts. 2, S. 286 f. Auch die neueren deutschen Wechselprozeßgesetze stimmen hiemit überein, vergl. Voigt im neuen Archiv für Handelsrecht Bd. II, S. 153 f.

Digitized by Google

was nach der gewöhnlichen Lehre im Exekutivprozesse überhaupt stattfindet, daß nämlich der Kläger, wenn er den Difessionseid des Beklagten durch anderweitige Beweisführung abwenden will, auf den Exekutivprozeß zu verzichten und den Weg des ordentlichen Verfahrens einzuschlagen hat.[34] Hienach gestattet auch die württembergische Wechselprozeßgesetzgebung dem Wechselgläubiger, den Anspruch aus dem Wechsel sowohl im ordentlichen Verfahren, als im Wechselprozesse zu verfolgen. Die Zuständigkeit des Wechselgerichtes ist nur insofern eine ausschließliche, als wechselrechtliche Ansprüche im Wege des Wechselprozesses verfolgt werden. Der Wechselgläubiger kann aber auf den Wechselprozeß, welcher zu seinem Vortheil eingeführt ist, verzichten und mit der Klage aus dem Wechsel den Weg des ordentlichen Verfahrens vor dem ordentlichen Richter betreten. Dieselbe Befugniß ist im Kap. VIII, §. 2 der württemb. Wechselordnung auch dem Wechselkläger, welcher in der Widerklage andere reciproke Wechselansprüche verfolgt, eingeräumt, und wo der Wechselprozeß aus besonderen Gründen nicht stattfindet, wenn nämlich der Schuldner gantmäßig ist, oder wenn dessen Erben die Erbschaft nur cum beneficio inventarii oder gar nicht antreten wollen, ist der Wechselgläubiger nach der Bestimmung in Kap. VII, §. 7 und 9 der württembergischen Wechselordnung sogar genöthigt, an den ordentlichen Richter sich zu wenden. Die Betretung des ordentlichen Prozeßweges ist aber nur auf die Art und Weise des Verfahrens von Einfluß, wogegen die Grundsätze des materiellen Wechselrechtes im ordentlichen Verfahren ebenso, wie im wechselgerichtlichen Verfahren zur Anwendung kommen.

Entsch. des Obertribunals vom 28. Juni 1866 in der Appellationssache L. gegen W. und in der Appellationssache St. gegen L.

---

[34] Bayer, summar. Prozeß §. 47, Note 1; Voigt a. a. O. S. 156.

Digitized by Google

2) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

1) Schafweiderecht; Nichtbefugniß des Weideberechtigten zur Verhinderung von Kulturveränderungen des weidedienstbaren Grundstückes;[1] Anlegung desselben zu Wald.

In einer an das Obertribunal gelangten Rechtssache lag die Frage zur Entscheidung vor, ob der Schafweideberechtigte befugt sei, die Anlage der schafweidedienstbaren Güter zu Wald zu verhindern und, soweit solche Waldanlagen stattgefunden haben, wegen dadurch herbeigeführter Beeinträchtigung des Schafweiderechtes Entschädigung zu verlangen. Der Richter zweiter Instanz hatte die Frage bejaht, indem derselbe davon ausging, daß die in dem Schäfereigesetz vom 9. April 1828 dem Grundeigenthümer, des Bestehens eines Weiderechtes unerachtet, eingeräumte Befugniß zu Kulturveränderungen die Anlegung eines Grundstückes zu Wald nicht in sich begreife, da das Schäfereigesetz ein singuläres Gesetz sei, welches frühere allgemeine Grundsätze abändere und Privatrechte ohne Entschädigung aufhebe, der Richter also um so weniger befugt sein könne, Bestimmungen, welche im Gesetze nicht klar ausgedrückt seien und mit den ausgesprochenen Zwecken des Gesetzes nichts gemein haben, in dasselbe hineinzulegen; daß sodann aus dem Gesetze selbst, aus der Erklärung der Regierung bei Einbringung desselben und aus den ständischen Verhandlungen hervorgehe, daß man beabsichtigt habe, den Feldbau zu begünstigen und der Zweck des Gesetzes

[1] Vergl. Sarwey, Monatschrift Bd. IX, S. 258 ff.; Bd. X, S. 32, 33, 209 ff.

Digitized by Google

lediglich dahin gegangen sei, den Feldbau von den bisherigen Beschränkungen durch die Schafweide zu befreien, unter diesem Ausdruck und dem Ausdruck Landwirthschaft aber nach dem gewöhnlichen, wie nach dem wissenschaftlichen Sprachgebrauche nicht auch der Waldbau und die Forstwirthschaft verstanden werden nnd daß auch in den Verhandlungen über das Gesetz keine Spur davon sich finde, daß auch die Forstkultur und Forstwirthschaft in den Bereich des Gesetzes habe gezogen werden wollen. — Das Obertribunal war jedoch der entgegengesetzten Ansicht, daß der Schafweideberechtigte nicht befugt sei, die Anpflanzung der weidepflichtigen Grundstücke zu Wald und dessen Verhängung nach forstpolizeilichen Grundsätzen zu hindern und es besagen hierüber die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

„Zunächst ist, was die nach der Ansicht des Richters zweiter Instanz zu befolgende Regel der einschränkenden Gesetzesauslegung bei singulären Gesetzen betrifft, darauf aufmerksam zu machen, daß im gegebenen Falle wenigstens der Gesetzgeber nicht der Meinung war, als ob mit der dem Grundeigenthümer einzuräumenden Befugniß, seinen Boden unbehindert durch ein darauf ruhendes Schafweiderecht zu bebauen und die seinen Interessen gemäßen Kulturveränderungen darauf vorzunehmen, eine das wirklich bestehende Recht abändernde Bestimmung eingeführt würde. In den Motiven zu dem Gesetzesentwurf ist sich in dieser Beziehung allzudeutlich ausgesprochen, als daß darüber ein Zweifel übrig bleiben könnte, wenn dort gesagt ist: „Man glaubte (nach der Natur der Sache, nach dem Zwecke, dem Bedarf und der Geschichte des Feldbaues) voraussetzen zu dürfen, daß von dem ersten Versuche einer künstlichen Befruchtung des Bodens bis zu dem Bracheinbau und zu den Allmandvertheilungen unserer Tage jede neue Pflanzung nur unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß dieselbe der Heerde verschlossen sei, unternommen worden; daß jede Einräumung oder Duldung eines neuen Weiderechtes nur

Digitized by Google

unter stillschweigender Ausnahme des bebauten Feldes geschehen und demnach der Umfang des Weiderechtes durch die Ausdehnung des Feldbaues bedingt, die Grenze des Feldbaues aber lediglich von der freien Entschließung des Grundeigenthümers abhängig sei. Nur für den gewiß seltenen Fall, daß der Grundeigenthümer sich dieses Rechtes auf privatrechtlichem Wege, z. B. durch Vertrag, begeben hätte, wird dem Weideberechtigten durch den Art. 4 (im Gesetze nachmals Art. 5) Entschädigung vorbehalten." [2] Daß die Faktoren der Gesetzgebung übereinstimmend die dem Grundeigenthümer, des Bestehens eines gewöhnlichen Weiderechtes unerachtet, einzuräumende Befugniß zu Kulturveränderungen, wie sie in dem Schäfereigesetze, insbesondere in dem Art. 2 ausgesprochen ist, lediglich als in der Natur des Rechtsverhältnisses gelegen und nicht als eine neue, wohlerworbene Rechte aufhebende oder beschränkende Bestimmung betrachteten, geht namentlich auch daraus hervor, daß im andern Falle der Grundeigenthümer bei Feststellung dieser Befugniß zuverlässig zu entsprechender Entschädigung, beziehungsweise zur Ablösung verbunden erklärt worden wäre. [3] Ob diese Rechtsanschauung der Faktoren der Gesetzgebung über das Verhältniß des Grundeigenthümers zum Weideberechtigten in dieser Auslegung nach der bis dahin herrschenden Doktrin auch in der Rechtsprechung befolgt worden, kann hier dahingestellt bleiben; für die Auslegung des Gesetzes genügt es, zu wissen, von welchen Prinzipien der Gesetzgeber geleitet worden ist. — Für die Auslegung d. h. für die Ermittelung des Sinnes einer gesetzlichen Bestimmung, welche verschiedener Deutung fähig ist, ist nämlich der ausgesprochene Zweck und der legislatorische Grund des Gesetzes von entscheidendem Gewichte und man

---

[2] Vergl. Verh. der Kammer der Abg. von 1824 Beil. 3 und 4 zum Prot. vom 23. April 1824 Z. 4, S. 346.

[3] Vergl. das Sitzungsprotokoll d. K. d. A. vom 4. März 1828. Verh. Heft V, S. 1122; außerordentl. Beilagenheft v. 1828, Nro. 3, S. 88, 89.

Digitized by Google

darf voraussetzen, daß der Gesetzgeber einen Grundsatz, welcher nach seiner Ansicht wohlerworbene Rechte zu verletzen nicht geeignet ist, dem Zwecke des Gesetzes entsprechend, in allen seinen Konsequenzen durchzuführen beabsichtigt haben werde. Nun kündigt sich das Gesetz vom 9. April 1828 in seinen Eingangsworten ganz allgemein als ein Gesetz über das Schäfereiwesen an, wodurch dieses in den verschiedenen Landestheilen auf eine gleichförmige, der natürlichen Freiheit aller landwirthschaftlichen Gewerbe nach Möglichkeit entsprechende Weise geordnet und die rechtlichen Verhältnisse der Schafweide zum Feldbau auf eine dem gegenwärtigen Kulturstande angemessene Weise festgesetzt werden sollten, und die einleitenden Worte in den Motiven der Regierung zu diesem Gesetze erklären es darum, weil den Schafen ihre Nahrung unmittelbar auf dem Felde (im Gegensatz zur Stallfütterung) und zwar zum größten Theile auf fremdem Felde angewiesen und auf diese Weise der Ertrag des Bodens zwischen dem Grundeigenthümer und dem Weideberechtigten getheilt werde, für nöthig, ein Schäfereigesetz zu geben, d. h. die Grundsätze jener Theilung oder das Verhältniß der Dienstbarkeit zum Eigenthumsrechte gesetzlich festzustellen.[4] Der leitende Grundsatz hiebei ist bereits oben angeführt worden. In Uebereinstimmung mit dem von der Regierung angegebenen Zwecke billigt es die ständische Kommission von 1824, daß der Gesetzesentwurf unverkennbar den Zweck habe, den Feldbau dem höchstmöglichen Grade von Vervollkommnung näher zu bringen und in dieser Absicht den Eigenthümer des Bodens von jeder Beschränkung in Benützung desselben theils wirklich schon zu befreien, theils es zu erleichtern, von Weidedienstbarkeiten sich entledigen zu können.[6] Bestimmter noch äußerte sich die Gesetzvorbereitungskommission von 1828 dahin, daß die Regierung, der ständische Ausschuß und die

[4] Verh. der K. d. A. von 1824 Heft IV, S. 336.

[5] Ebendaselbst S. 346.

[6] Verh. der K. d. A. von 1824 Heft XIII, S. 1301.

Digitized by Google

Kommission von 1824, sowie sie selbst, über die Grundsätze einig seien, welche einem Gesetze zu Grunde liegen müssen, dessen besondere Aufgabe es sei, das Verhältniß der Weidedienstbarkeit zum Grundeigenthum in der Art festzustellen, daß die Landwirthschaft im ausgedehntesten Sinne des Wortes die möglichst freieste Entwickelung finde.[7] In ähnlicher Weise ist auch im Verlaufe der ständischen Verhandlungen von der Absicht des Gesetzes und daß seine Tendenz dahin gehe, Freiheit der Kultur herbeizuführen, mehrfach die Rede.[8] Wenn man auch zugeben kann, daß die Rücksicht auf den Ackerbau und dessen Aufschwung in neuerer Zeit mit der fortschreitenden Entfesselung des Bodens den nächsten Anstoß zur Entwerfung des Schäfereigesetzes gegeben hat, so schließt doch diese Veranlassung zu dem Gesetze die Absicht, das Verhältniß des Eigenthums zu der fraglichen Dienstbarkeit überhaupt zu regeln, nicht aus und es würde mit dem ausgesprochenen umfassenden Zwecke des Gesetzes, die Grundsätze über die Theilung des Ertrages des Bodens zwischen dem Eigenthümer und Weideberechtigten, oder das Verhältniß des Dienstbarkeits- zum Eigenthumsrechte, gesetzlich festzustellen, sowie mit dem allgemeinen legislatorischen Grunde der Freiheit des Eigenthümers in dem künstlichen Anbau seines Grundeigenthums nicht im Einklang stehen, wenn ein zu Regelung des gesammten Schäfereiwesens im Lande erlassenes Gesetz blos einen einzelnen Zweig und nicht alle Zweige des künstlichen Anbaus von Grund und Boden zum Gegenstande seiner Bestimmungen hätte machen wollen. Die entgegengesetzte Ansicht beruht hauptsächlich auf einer einschränkenden Auslegung des in dem Gesetze gebrauchten Ausdrucks „Feldbau" mit Ausschluß der Waldkultur. Indessen enthält das Wort „Feldbau" einen unbestimmten Begriff,

[7] Verh. der K. d. A. von 1828 außerordentl. Beilagenheft III, S. 80.

[8] Vergl. z. B. Verh. der K. d. A. von 1828 Heft V, S. 1110, 1112 ff.

Digitized by Google

dessen Umfang sich nach dem Zusammenhang richtet, in welchem das Wort gebraucht ist. Es ist richtig, daß er häufig im Gegensatze zum Waldbau gedacht wird, er erhält aber auch im Gegensatze zum Gartenbau oder zum Weinbau eine noch engere Bedeutung, in welcher er gleichfalls nicht selten gebraucht wird. Ist aber vom Feldbau absolut und ohne Gegensatz die Rede, so steht nichts im Wege, den Ausdruck einfach nach seiner etymologischen Zusammensetzung im allgemeineren Sinne zu nehmen. Es ist oben eine Stelle aus den Motiven zum Gesetze angeführt worden, wo das Wort „Feld" in ganz allgemeinem Sinne für weidbares Grundstück überhaupt, gleichviel ob Acker, Wiese oder Wald, gebraucht worden ist. Man spricht von Feldbienstbarkeiten, worunter in der Sprache der Gesetze unzweifelhaft auch Dienstbarkeiten, welche auf Waldungen ruhen, verstanden werden, und Niemand wird wohl Anstoß daran nehmen, wenn die Umwandlung einer Wiese oder eines Ackerfeldes in Wald als eine Veränderung im Feldbau bezeichnet wird, wie dieß auch in der Ministerialverfügung vom 23. Februar 1829[9] in Betreff des Erkenntnisses über Feldbauveränderungen geschehen ist. Namentlich sind aber im Art. 2 des Schäfereigesetzes die Veränderungen in der Kultur, welche der Gesetzgeber für zulässig angesehen wissen will, so geflissentlich in möglichst umfassendem, keiner Ausnahme Raum gebenden, Sinne bezeichnet worden, daß man im Zusammenhalt mit dem vorhin besprochenen, in den Motiven enthaltenen, leitenden Grundsatze, welcher hier seine nähere Entwicklung finden sollte, den Satz des Richters zweiter Instanz, — daß, weil oben nur vom Feldbau in dem von ihm angenommenen Sinne die Rede sei, diese Kulturveränderungen vermöge des Bindewortes „daher" blos auf den Feldbau im engeren Sinne zu beschränken seien, — vielmehr umzukehren berechtigt sein wird, dahin, daß, soferne hier, den Motiven entsprechend, der Eigenthümer

[9] Regbl. von 1829, S. 125.

Digitized by Google

zu jeder beliebigen Veränderung in der Kultur für berechtigt erklärt wird, der Gesetzgeber den Feldbau in seinem weitesten Begriffe genommen haben werde, gleichwie nach dem oben angeführten Ausdruck der Gesetze-Vorbereitungskommission die Landwirthschaft im ausgedehntesten Sinne des Wortes die freieste Entwickelung finden sollte. Daß man bei Berathung des Gesetzes auch an die Waldweiden gedacht habe, ergeben die ständischen Verhandlungen mehrfach und es wäre für den Gesetzgeber bei einem, zu durchgreifender Regelung des Schäfereiwesens erlassenen, Gesetze dringende Veranlassung vorgelegen, Kulturveränderungen im Feldbau mittelst Anlage zu Wald auszunehmen, wenn dieß in seinem Sinne gelegen gewesen wäre. Es ist aber auch ein besonderer Grund hiefür überall nicht abzusehen, soferne Kulturveränderungen für zulässig erklärt worden sind, welche im Ganzen unstreitig das Weiderecht in größerem Umfange zu beeinträchtigen geeignet sind (Art. 3), als die ohne Zweifel verhältnißmäßig ungleich selteneren Anlagen zu Wald, welche das Weiderecht nur zeitlich ausschließen, nachher aber wieder auf längere Zeitperioden offen lassen, zu deren Vornahme jedoch für den Grundeigenthümer die triftigsten ökonomischen Gründe vorliegen können. Auch läßt sich mit Grund nicht in Abrede stellen, daß die Forstkultur einen Zweig der Landwirthschaft im weiteren Sinne bildet, wie denn auch nicht selten, je nach Bodenbeschaffenheit und klimatischer Lage ein systematischer Wechsel zwischen Anpflanzung von Gehölz oder Wald und dem Anbau von Cerealien stattzufinden pflegt. Endlich bietet auch die schon erwähnte Ministerialverfügung von 1829 Ziff. 1 und 4, wenn sie gleich für sich keine Rechte verleihen konnte, die einer gesetzlichen Begründung entbehren, doch ein nicht unwichtiges Hilfsmittel für die Auslegung dar, indem sie namentlich unter Mitwirkung desselben Regierungsbeamten, welcher die Regierung bei Verabschiedung des Schäfereigesetzes vertreten hatte, sowie des Referenten des ständischen Ausschusses vom Jahr 1824 über den Ge-

Digitized by Google

setzesentwurf, als nachmaligen Finanzministers, erlassen wurde und darin entschieden die bauliche Veränderung eines bisher anders bebauten Feldes zu Wald für den Fall, daß kein besonderes Verbietungsrecht entgegenstehen sollte, als eine ohne vorgängige Verständigung mit den Weideberechtigten, also ohne Entschädigung, zulässige Kulturveränderung aufgeführt wurde, wogegen von dem ständischen Ausschusse in seinem Rechenschaftsberichte von 1828—30 nichts erinnert worden ist. Hienach liegt aller Grund vor, die Anlegung schafweidedienstbaren Feldes zu Wald nach dem Gesetze von 1828 ohne Entschädigung für zulässig zu erachten."

Entsch. des Obertribunals vom 22.—23. Dezember 1858 in der Appellationssache der Staatsfinanzverwaltung c. die Gemeinde St.

2) Das Verbot der Begründung neuer Schafweidedienstbarkeiten bezieht sich auch auf Schafweiderechte in Waldungen.

Durch den Art. 13 des Schäfereigesetzes vom 9. April 1828 wird die Begründung neuer Schafweidedienstbarkeiten untersagt. Diese Bestimmung bezieht sich auch auf Schafweiderechte in Waldungen. Das Obertribunal ist bei früheren Entscheidungen [10] in Ansehung der durch das Schäfereigesetz gestatteten Kulturveränderungen davon ausgegangen, daß unter den hienach zulässigen Kulturveränderungen auch die Anlegung schafweidedienstbaren Feldes zu Wald begriffen sei. Hiebei wurde neben Anderem in Betracht gezogen, daß die Eingangsworte des Gesetzes von allen landwirthschaftlichen Gewerben sprechen, daß die Freiheit des Eigenthümers in dem künstlichen Anbau seines Grundeigenthums nach den einleitenden Worten der Gesetzesmotive, sowie nach den Kommissionsberichten von 1824 und 1828 [11] der Zweck des Gesetzes gewesen sei, es aber

[10] Vgl. Nro. 1.

[11] Verh. der K. d. A. von 1824 Heft XIII, S. 1301; von 1828 außerordentl. Beil., Heft III, S. 80.

Digitized by Google

mit diesem legislatorischen Grunde nicht im Einklang stehen würde, wenn ein zur Regelung des gesammten Schäfereiwesens im Lande erlassenes Gesetz blos einen einzelnen Zweig und nicht alle Zweige des künstlichen Anbaus von Grund und Boden zum Gegenstand seiner Bestimmungen hätte machen wollen. Ueberdieß liege kein Grund vor, den im Gesetze und in den Motiven an einzelnen Stellen gebrauchten Ausdruck „Feldbau", dessen Begriff ein unbestimmter sei, nicht in allgemeinem Sinne zu nehmen und denselben nicht auch von dem Waldbau zu verstehen. Auch zeigen die Ziffer 1 und 4 der Ministerialverfügung vom 23. Febr. 1829, daß das Gesetz von 1828 die Anlegung eines bebauten Feldes zu Wald als eine zuläßige Kulturveränderung ansehe, und daher nicht behauptet werden könne, es habe auf die Verhältnisse der Waldungen keinen Bezug. Diese Gründe sind auch für die Auslegung des Art. 13 des Schäfereigesetzes maßgebend. Die Eingangsworte des Gesetzes und dessen Motive sprechen im Allgemeinen von der Festsetzung der rechtlichen Verhältnisse der Schafweide, und wenn hiebei auch vom Feldbau die Rede ist, so liegt kein Grund vor, diesen allgemeineren Ausdruck in beschränkterem Sinne zu nehmen und Schafweiden in Waldungen als vom Gesetze ausgenommen zu erachten. Zudem aber lautet der Art. 13 in Frage ganz allgemein und unbeschränkt. Er verbietet die Begründung neuer Schafweidedienstbarkeiten ohne Ausnahme und erwähnt nicht einmal des Feldbaus, wie der Art. 2. Dieser allgemeine Wortlaut muß insolange maßgebend sein, bis nachgewiesen ist, der Gesetzgeber habe das fragliche Verbot in beschränkterer Weise aufgefaßt, er habe Schafweidedienstbarkeiten in Waldungen von seinem Verbote ausgenommen. Hiefür fehlt es jedoch an allen Anhaltspunkten, namentlich geben die ständischen Verhandlungen solche nicht an die Hand. Im Gegentheil ist kein vernünftiger Grund abzusehen, warum es sich mit solchen Weiden und Waldungen anders verhalten sollte. Sie sind nicht weniger bedeutende Hemmungen der

Digitized by Google

Kultur, und bei ihnen trifft der augenfällige Grund des Art. 13 nicht minder zu.

Entscheidung des Obertribunals vom 15. Mai 1867 in der Appellationssache der Gemeinde M. c. die Standesherrschaft H. O.

3) Kann aus einem Vertrage über Bestellung einer Realdienstbarkeit auf Einholung des gerichtlichen Erkenntnisses geklagt werden?

Nach den beiden ersten württembergischen Landrechten mußten alle Verträge über liegende Güter im Beisein der beiden Kontrahenten vor Gericht gebracht, von diesem erwogen und, nachdem darüber erkannt, in's Gerichtbuch eingeschrieben werden. „Wo das nicht geschah, sollte der Vertrag nichtig und von Ohnwürden und jede Partei berechtigt sein, vom Kontrakt wieder abzutreten." Sodann war im zweiten Landrecht bestimmt, daß weder Zubehörden von Häusern verkauft, noch ohne gerichtliches Erkenntniß neue Dienstbarkeiten auf Häuser und andere liegende Güter übernommen werden dürfen. Geschehe letzteres dennoch, so sei eine Strafe zu verhängen und der Kauf nichtig. [12] Welche wesentliche Aenderungen das dritte Landrecht Thl. II, Tit. 13 in Betreff der gerichtlichen Insinuation der Liegenschaftsverkäufe an jenen Bestimmungen vorgenommen hat, ist bekannt. Aber was die Bestellung von Grunddienstbarkeiten anbelangt, hat das dritte Landrecht Thl. II, Tit. 9, §. 10 am zweiten nichts geändert, und sollte durchaus nichts geändert werden, weil jene Bestimmungen „nothwendig und wohl bedacht seien." [13] Es wurde daher in dem angeführten §. 10 des dritten Landrechts bestimmt, ohne des Gerichtes Vorwissen und Erkenntniß sollen Häuser oder andere liegende Güter nicht mit neuen Dienstbarkeiten beschwert werden, bei Strafe von 10 fl. und daneben soll derselbe Kontrakt oder Handlung

[12] Reyscher, württ. Gesetze, Bd. IV, S. 297, 300.

[13] Faber und Schloßberger, Vorarbeiten zum württ. Landrecht, S. 153 und 287.

Digitized by Google

nichtig und von Ohnwürden sein. Was letzteres bedeute, war bezüglich der Liegenschaftsverkäufe im zweiten Landrecht, das dieselben Worte hiebei gebrauchte, deutlich gesagt und erläutert. Vor dem gerichtlichen Erkenntniß sollte der Vertrag für keinen Kontrahenten bindend, jeder Theil befugt sein, „vom Kontrakt zurückzutreten“.[14] Wenn sodann das zweite Landrecht bezüglich der Bestellung von Realservituten in gleicher Weise bestimmt, daß der Vertrag „ohne die gerichtliche Fertigung und das gerichtliche Erkenntniß“ nichtig sei,[15] so ist anzunehmen, daß diese Nichtigerklärung den gleichen Sinn gehabt hat. Für die gegentheilige Annahme liegt kein Grund vor; bei beiden, den Liegenschaftsveräußerungen und den Bestellungen von Realservituten, waren die Verhältnisse dieselben. Die Verträge sollten vor Gericht gebracht und von diesem darüber erkannt werden, in welcher Beziehung auch Liegenschaftsverkäufe einer Kognition und Prüfung des Gerichtes, der Bestätigung desselben unterliegen.[16] Es ist daher unter solchen Umständen nicht abzusehen, in wiefern der Ausspruch des zweiten Landrechts, der Vertrag sei nichtig, hinsichtlich der Realservituten einen anderen Sinn, als bezüglich der liegenden Güter haben, jene gleichsam milder, als die Liegenschaftsverkäufe, behandelt werden sollten, vielmehr ist die Annahme begründet, daß vor dem gerichtlichen Erkenntniß der Vertrag auch in Betreff der Realdienstbarkeiten keine Verpflichtung begründen, für keinen Theil bindend sein sollte.[17] Im dritten Landrecht aber wollte, wie schon erwähnt, in Ansehung solcher Dienstbarkeiten an den Bestimmungen des zweiten ausgesprochener Maßen nichts geändert werden. Ersteres bestimmt, daß der Verkäufer, wenn das gerichtliche Erkenntniß nicht eingeholt werde, eine

---

[14] Reyscher, württ. Gesetze, Bd. IV, S. 297.

[15] Reyscher, a. a. O., S. 300.

[16] Reyscher, a. a. O., S. 297.

[17] Zu vergl. Gerber, deutsches Privatrecht, §. 89, Note 16.

Digitized by Google

Geldstrafe zu erlegen habe und der Vertrag daneben nichtig sein solle. Von der Unterscheidung, daß der Vertrag an sich eine giltige Verpflichtung, sowie die Verbindlichkeit zur Einholung des gerichtlichen Erkenntnisses begründe und das Geschäft erst mit der Verweigerung des letzteren von Seite der Behörde zusammen falle, [18] enthält der angeführte §. 10 nichts; derselbe bringt vielmehr die Nichtigkeit des Kontraktes mit der Fälligkeit der Strafe in eine solche, beide gleichstellende nahe Verbindung, wornach letztere schon mit der Nichteinholung der gerichtlichen Bestätigung verfallen und der Vertrag daneben (dabei) sofort nichtig sein solle. Ueberhaupt kann hier kaum von einem präparatorischen Vertrag die Rede sein, es ist ein einziger Vertrag, welcher der Insinuation, des gerichtlichen Erkenntnisses, bedarf, und ehe dieses hinzugetreten ist, nicht klagbar sein kann. Ueberdies kommt Folgendes in Betracht. Der §. 10 cit. setzt offenbar voraus, daß der betreffende Vertrag vor Gericht gebracht, demselben nach seinem ganzen Inhalte angezeigt und vorgelegt werde. Diese Insinuation, dieses Vorbringen bei der Behörde, gibt Anlaß zu einer reiferen Ueberlegung und liegt hierin ein weiterer Grund, die Nothwendigkeit derselben und des gerichtlichen Erkenntnisses in ähnlichem Sinne, wie die Nothwendigkeit der Insinuation bei Schenkungen und bei Bürgschaften der Frauenspersonen aufzufassen und anzunehmen, daß das Versprechen und der Vertrag nicht bindend sind, ehe letzterer vor das Gericht gebracht und über denselben erkannt ist. Aus diesen Gründen, hauptsächlich weil die in Rede stehende Bestimmung nach dem zweiten Landrecht, wie gezeigt, keine andere Bedeutung gehabt haben kann, das dritte Landrecht aber an derselben nichts ändern wollte und nichts geändert hat, und weil die ganze Ausdrucksweise des dritten Landrechts an der betreffenden Stelle, der Ausspruch der Nichtigkeit näm-

---

[18] Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 768 f., Nro. 3; vergl. auch S. 248, Nro. 7.

Digitized by Google

lich, der Annahme widerspricht, daß ein derartiger Vertrag über Bestellung neuer Realdienstbarkeiten an sich giltig und verpflichtend sei, ist die Annahme begründet, daß aus einem solchen, von dem Gesetze für nichtig erklärten Vertrage überhaupt nicht, auch nicht auf Einholung des gerichtlichen Erkenntnisses geklagt werden kann und der Besteller der Servitut an denselben vor Erwirkung dieses Erkenntnisses nicht gebunden ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 13. April 1867 in der Appellationssache S. c. F.

Der in vorstehender Entscheidung angenommenen Gesetzesauslegung steht die Ansicht von C. G. v. Wächter[19] entgegen, indem dieser die Bestimmung des Landrechts dahin auslegt, daß die Zustimmung des Gemeinderaths nur zur wirklichen Entstehung einer Realservitut, nicht aber zur Zusage ihrer Bestellung erfordert werde, durch letztere daher, welche als ein präparatorischer Vertrag sich darstelle, ohne alle Form eine giltige Verpflichtung dahin entstehe, die Sache vor den Gemeinderath zum Zwecke seiner Zustimmung zu bringen, und nur, wenn der Gemeinderath die Zustimmung verweigere, das ganze Geschäft zusammenfalle.

Die zu entscheidende Frage ist, ob aus der formlosen Zusage der Bestellung einer Realservitut auf Einholung des gemeinderäthlichen Erkenntnisses geklagt werden kann; ihre Entscheidung wird aber davon abhängen, worauf die fragliche Formvorschrift sich bezieht, ob mit andern Worten die Verbindlichkeit der Zusage oder nur die Entstehung des Rechtes von ihrer Einhaltung abhängig gemacht ist.

Ist eine Form für die Uebernahme einer Verbindlichkeit vorgeschrieben, ist die Verbindlichkeit und Giltigkeit einer bestimmten Willenserklärung von Einhaltung einer Form abhängig gemacht, ist ausgesprochen, daß eine bestimmte Verpflichtung oder daß eine bestimmte Verpflichtung

[19] a. a. O.

Digitized by Google

von gewissen Personen nur unter Beobachtung einer gewissen Form eingegangen werden könne, so ist jeder auf die Uebernahme einer Verpflichtung der fraglichen Art gerichtete Vertrag, wenn die vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden, nichtig, und zwar nicht nur der Vertrag, wodurch eine Verbindlichkeit der fraglichen Art unmittelbar übernommen wird, sondern auch ein präparatorischer Vertrag, wodurch die Uebernahme einer solchen Verbindlichkeit versprochen oder die Bewirkung der fehlenden Form zugesagt wird. Wenn die Form nicht eingehalten ist, liegt in Fällen dieser Art eine bindende Zusage, eine klagbare Verpflichtung überall nicht vor, und es kann ebendaher auch von einer Verpflichtung zur Ergänzung der Form keine Rede sein. Denn würde man eine hierauf gerichtete Klage zulassen, so wäre dieß nur ein Mittel, um auf einem Umwege der unzuläßigen Klage auf Erfüllung des formlosen Vertrages den Weg zu bahnen und auf diese Weise den Zweck des Gesetzgebers bei Feststellung der fraglichen Formvorschrift zu vereiteln. [20] Dieß gilt z. B. von den Formvorschriften für Schenkungen unter Lebenden, sowie auf den Todesfall, ferner von den Formvorschriften des Gesetzes vom 23. Juni 1853 für Kauf- und Tauschverträge, welche Gebäude oder Grundstücke zum Gegenstand haben, deßgleichen von den für Intercession der Frauenspersonen bestehenden Formvorschriften, indem in allen diesen Fällen die Verbindlichkeit der Willenserklärung, die Eingehung einer bezüglichen Verpflichtung an die Einhaltung der Form geknüpft ist, durch die Zulassung einer Klage auf Ergänzung der Form aber der Schwerpunkt in die formlose Zusage gelegt und die Form durch deren Erzwingbarkeit völlig bedeutungslos gemacht würde. Anders verhält es sich, wenn die Form sich nicht auf die Giltigkeit und Ver-

[20] Vergl. Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes, S. 185, 186, 201—203, 3953, 3954, 3969.

Digitized by Google

bindlichkeit der Willenserklärung, sondern nur auf den Eintritt gewisser Wirkungen derselben bezieht, wenn die Form nicht für die Uebernahme einer Verbindlichkeit, nicht für die Giltigkeit einer vertragsmäßigen Zusage, sondern für die Entstehung des durch den Vertrag zugesagten Rechtes vorgeschrieben ist. In Fällen dieser Art ist der Vertrag, durch welchen das fragliche Recht eingeräumt wird, ohne alle Form giltig und klagbar, und es wird durch denselben die Verpflichtung begründet, die erforderlichen Schritte zu thun, um den für die Entstehung des zugesagten Rechtes vorgeschriebenen Formvorschriften zu genügen. Hieher gehören z. B. die für die Bestellung von Unterpfändern oder Faustpfändern gegebenen Formvorschriften, indem von deren Einhaltung nicht die auf Bestellung des Pfandrechts gerichtete Willenserklärung, sondern nur die Entstehung des zugesagten Pfandrechts abhängig gemacht ist, die Verbindlichkeit zur Bestellung eines Pfandes daher ohne alle Form eingegangen werden und demzufolge auch die Erfüllung dieser Verbindlichkeit durch Klage erzwungen werden kann. Den inneren Grund für die Unterscheidung der gedachten zwei Arten von Formvorschriften wird man darin zu suchen haben, daß in Fällen der ersteren Art vorzugsweise die Rücksicht auf den sich verpflichtenden Kontrahenten, in den Fällen der zweiten Art dagegen die Rücksicht auf Dritte oder auf das Interesse des allgemeinen Wohls und der allgemeinen Sicherheit den Grund der Formvorschrift bildet. Soll die Form den Kontrahenten gegen die leichtsinnige Uebernahme einer Verpflichtung schützen, so muß diese Uebernahme selbst, also die Willenserklärung an die Form gebunden werden, handelt es sich nur darum, das Interesse dritter oder ein öffentliches Interesse zu schützen, so genügt es, wenn die Entstehung des Rechtes, wobei jenes Interesse betheiligt ist, an die zum Schutze dieses Interesse gegebenen Formen geknüpft wird.

Ob die für die Bestellung einer Realdienstbarkeit vorgeschriebene Form die eine oder die andere Bedeutung habe,

Digitized by Google

ob sie die Giltigkeit der auf die Bestellung der Realdienstbarkeit gerichteten Zusage oder nur die Entstehung der Realdienstbarkeit bedingen sollte, wird man nach den Worten der betreffenden Landrechtsstelle, sowie nach dem Grunde und Zwecke der Vorschrift entscheiden müssen. Nun läßt sich nicht läugnen, daß die Worte des Gesetzes der Wächter'schen Auslegung Raum lassen, daß ferner die Formvorschrift mehr im öffentlichen Interesse, als in der Rücksicht auf den Schutz der Kontrahenten gegründet scheint und die Zustimmung des Gemeinderaths ihre Bedeutung auch dann behält, wenn die Vorlegung der formlosen Zusage erzwungen werden kann, sofern hiedurch das freie Ermessen des Gemeinderaths nicht beschränkt wird, seine Zustimmung zu ertheilen oder zu verweigern. Jedenfalls vom Standpunkte des Gesetzgebers verdient daher wohl die Wächter'sche Ansicht den Vorzug, und wenn auch das Gewicht der für die Gesetzesauslegung des Obertribunals geltend gemachten Gründe sich nicht verkennen läßt und die Geschichte des Gesetzes für dieselbe zu sprechen scheint, so dürfte es doch, da die Worte des Gesetzes der vom gesetzgeberischen Standpunkte zu bevorzugenden Wächter'schen Ansicht nicht entgegenstehen, nochmaliger Erwägung sich empfehlen, ob deren Annahme nicht des geschichtlichen Hergangs ungeachtet sich rechtfertigen ließe.

4) Das Verbot der neuen Begründung eines Rechtes hindert auch dessen Erwerb durch Ersitzung.

Der Art. 13 des Schäfereigesetzes vom 9. April 1828 untersagt die Begründung neuer Schafweidedienstbarkeiten. Hienach ist durch dieses Verbot von dem Jahre 1828 an auch die Ersitzung einer solchen Dienstbarkeit, die ordentliche wie die außerordentliche, ausgeschlossen, da, sofern diese Verjährungen von dem Gedanken ausgehen, daß durch die 10 und 30 Jahre lang fortgesetzte Ausübung das Recht erst begründet werde und die fortgesetzten Ausübungsakte

Digitized by Google

also zu dieser Begründung beitragen, solche Akte nach dem Verbote der Rechtserwerbung, also hier nach dem Jahre 1828, nicht mehr in Betracht gezogen werden können, weil sie von da an rechtlich untersagt sind, und, wenn das allgemeine Verbot des Art. 13 des Schäfereigesetzes nicht auch die Begründung mittelst Ersitzung im Auge hätte, der offenbare Zweck des Gesetzes nie erreicht würde, sondern im Laufe der Zeit gegen dessen Absicht immer wieder neue Schafweidedienstbarkeiten begründet werden könnten. Es kann daher, obgleich der angeführte Art. 13 nur ganz allgemein, ohne die Ersitzung zu nennen, die Begründung solcher neuen Dienstbarkeiten untersagt, nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß auch die Begründung derselben durch Ersitzung verboten ist, woraus sich ergibt, daß, wenn im Jahre 1828 die dreißigjährige Ersitzung nicht schon vollendet war, spätere Ausübungsakte nicht eingerechnet werden können. [21]

Entscheidung des Obertribunals vom 12. Mai 1855 in der Appellationssache der Gemeinde H. c. den Grafen v. K. und vom 17. Mai 1867 in der Appellationssache der Gemeinde M. c. die F. Standesherrschaft H. O.

5. Unvordenkliche Verjährung, deren Natur; Verhältniß zu dem Verbote der neuen Begründung eines Rechtes.

Wird die neue Erwerbung oder Begründung eines Rechtes durch ein Gesetz verboten, so kann von da an ein Recht der fraglichen Art auch durch Verjährung nicht mehr erworben werden und die begonnene, aber zu der Zeit, wo das verbietende Gesetz in Kraft tritt, noch nicht vollendete Verjährung von dieser Zeit an nicht mehr fortlaufen. [22] Fraglich ist jedoch, ob dieser Satz auch auf die unvordenkliche Verjährung Anwendung findet, was davon abhängen wird, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt die unvordenk-

---

[21] Seuffert, Archiv Bd. XI, Nro. 17 b, S. 25 in der Note.
[22] Vergl. die vorige Nummer.

Digitized by Google

liche Verjährung gestellt wird. Es stehen sich in dieser Beziehung bekanntlich zwei Auffassungen gegenüber. Nach der einen, welche man als die herrschende wird bezeichnen dürfen, bildet die unvordenkliche Verjährung nicht den Erwerbsgrund eines Rechtes, sondern es ersetzt dieselbe vielmehr den Beweis seiner Begründung, es wird in dem unvordenklichen Zustande die Vermuthung gefunden, daß in einer längst vergangenen Zeit ein Recht durch einen wirklichen, nur in Vergessenheit gerathenen Erwerbsgrund entstanden sei, so daß der unvordenkliche Zustand nur den Beweis der Begründung des Rechtes ersetzt und dadurch den in unbekannter Vergangenheit liegenden Erwerb gegen Anfechtung sichert. [23] Nach der andern Auffassung wird die unvordenkliche Verjährung als eine Art der erwerbenden Verjährung betrachtet und somit davon ausgegangen, daß durch den Ablauf der unvordenklichen Zeit das fragliche Recht erst neu erworben werde. [24] Geht man von der ersteren Auffassung aus, und man wird allen Grund haben, sich derselben anzuschließen, [25] nimmt man sonach

---

[23] Connanus, Comm. jur. civ. Lib. IV, cap. 12; Wernher, observ. for. Tom. I, P. 4, obs. 5, p. 746; Böhmer, Jus eccl. Prot. Lib. II, Tit. 26, §. 39, 40; Thibaut, über die Verjährung §. 77, 79; Schweppe, römisches Privatrecht Bd. I, §. 158; Savigny, System Bd. IV, §. 201, S. 528 ff.; Arndts, Beiträge S. 139—142; Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, §. 120, S. 821 f.; Seuffert, Pand., 4. Aufl., Bd. I, §. 118, S. 148; Griesinger, in Sarwey's Monatschrift, Bd. XX, S. 3 ff.; Seeger, ebendaselbst Bd. II, S. 362—364; Friedländer, die Lehre von der unvordenklichen Zeit Bd. II, S. 63 ff.

[24] Neller, de idea praescr. immem. §. 20; in ejusdem opusc. jur. eccl. publ. priv. Tom. II, p. 114, 115; Unterholzner, Verjährungslehre Bd. I, §. 147; Beseler, deutsches Privatrecht, 2. Aufl., §. 52, S. 173, 174; Pfeiffer, prakt. Ausf., Bd. II, §. 2, 19; vergl. jedoch Bd. VII, §. 19, 20; Puchta, Pand., §. 77, Note f. a. E.

[25] Nach Hufnagel, Mitth. Bd. I, S. 478 neigte sich übrigens die württ. Praxis früher dahin, den unvordenklichen Zustand mehr für eine Erwerbsart, als für eine Vermuthung rechtmäßigen Er-

Digitized by Google

an, daß durch den unvordenklichen Zustand ein Recht nicht erst erworben, sondern vielmehr die Vermuthung eines schon in grauer Vorzeit erfolgten rechtmäßigen Erwerbes begründet wird, so folgt daraus von selbst, daß ein neues Gesetz, welches die Erwerbung eines gewissen Rechtes für die Zukunft verbietet, im Zweifel, d. h. wenn nicht das Gesetz selbst etwas Anderes bestimmt, den Beweis der Erwerbung des Rechtes durch unvordenklichen Zustand nicht ausschließt, während bei der entgegengesetzten Auffassung für die unvordenkliche Verjährung dasselbe, wie für die Verjährung bestimmter Zeit, gelten müßte. Bei dem Obertribunal kam die Frage mit Rücksicht auf den Art. 13 des Schäfereigesetzes vom 9. April 1828, wodurch die Bestellung neuer Schafweidedienstbarkeiten verboten worden ist, zur Entscheidung. Von einer Seite war geltend gemacht worden, daß, nachdem durch besagten Art. 13 die Bestellung neuer Schafweidedienstbarkeiten verboten worden sei, die durch die Ausübung des Weiderechtes während unvordenklicher Zeit entstehende Vermuthung der rechtmäßigen Erwerbung desselben von dem Erscheinen des Schäfereigesetzes an nur noch für die rückwärts liegende Zeit wirksam werden könne, nachdem einmal hinsichtlich der Beweidung vom Jahr 1828 an ein bestimmter Anfang einer gesetzwidrigen Ausübung innerhalb des letzten Menschenalters erwiesen vorliege. Die unvordenkliche Verjährung habe daher im Jahr 1828 bereits vollendet sein müssen, wenn das Bestehen einer Schafweidedienstbarkeit durch sie

---

werbes anzusehen, und auch das hiesige Obertribunal hat sich früher in diesem Sinne ausgesprochen. Vergl. Hufnagel, a. a. O., Bd. II, S. 144. Dagegen findet man in der gemeinrechtlichen Praxis die Auffassung, wonach durch die unvordenkliche Verjährung eine Vermuthung des rechtmäßigen Erwerbes begründet wird, vielfach adoptirt: Seuffert, Archiv, Bd. I, Nro. 169; Bd. V, Nro. 55; Bd. VI, Nro. 144: Bd. IX, Nro. 120; Bd. XIV, Nro. 9. 17; Bd. XVI, Nro. 173, S. 301; Bd. XVII, Nro. 5, 6; Bd. XIX, Nro. 120.

Digitized by Google

dargethan werden solle, weil vom Jahr 1828 an eine Schafweidedienstbarkeit überhaupt nicht mehr habe neu entstehen, nicht mehr unter die erwerbbaren Rechte habe gezählt werden können, mithin von da an es an der Voraussetzung für jede, selbst die unvordenkliche Verjährung, an der Möglichkeit einer Rechtsausübung gefehlt habe. Diese Ansicht wird man jedoch nicht für richtig und, sofern sie im Einklange mit der herrschenden Auffassung davon ausgeht, daß die unvordenkliche Verjährung die Vermuthung einer rechtmäßigen Erwerbung des fraglichen Rechtes begründe, nicht einmal für konsequent erachten können. Denn durch den Art. 13 des Schäfereigesetzes wird nicht die fernere Ausübung einer Schafweidedienstbarkeit, sondern nur die neue Erwerbung einer solchen verboten; hatte daher eine Schafweidedienstbarkeit schon vor Erlassung des Gesetzes bestanden, so konnte sie auch ferner ausgeübt werden und es war diese Ausübung in keiner Weise gesetzwidrig. [26] Geht man nun davon aus, daß der unvordenkliche Zustand den Beweis einer vor Menschengedenken erfolgten rechtmäßigen Erwerbung des Rechtes ersetze, so führt dieß mit nothwendiger Konsequenz darauf, daß ein erst während Menschengedenkens erlassenes Verbot einer neuen Erwerbung, die durch den unvordenklichen Zustand nachgewiesene, und hienach als vor Menschengedenken erfolgt anzunehmende, Erwerbung des fraglichen Rechtes nicht berühren kann. Hievon ist auch das Obertribunal in zwei Entscheidungen vom 12. Mai 1855 in

---

[26] Etwas Anderes ist es, wenn bestehende Rechte durch ein Gesetz aufgehoben werden, oder deren fernere Ausübung aus Gründen des öffentlichen Wohls verboten wird, oder wenn ein Gesetz ausspricht, daß gewisse Rechte Privaten überhaupt nicht zustehen können. Einem solchen verbietenden Gesetze gegenüber kann selbstverständlich auch die unvordenkliche Ausübung nicht in Betracht kommen. Wächter, württ. Privatrecht, Bd. II, S. 822, 823; Schelling, die Lehre von der unvordenklichen Zeit, S. 56 ff.; Seuffert, Archiv, Bd. VII, Nro. 146; Bd. X, Nro. 131; Bd. XVI, Nro. 173. Vergl. auch Neuffer, Zeitschrift Bd. II, S. 182.

Digitized by Google

der Appellationssache der Gemeinde H. gegen die Standesherrschaft K. A. und vom 15. Mai 1867 in der Appellationssache der Gemeinde M. gegen die Standesherrschaft H. O. ausgegangen, indem zur Begründung geltend gemacht wurde: „Unter den verschiedenen Gesichtspunkten, unter welche die Rechtslehrer den unvordenklichen Zustand stellen, sei dem Gesichtspunkte der Vorzug zu geben, nach welchem derjenige, welcher sich über Menschengedenken in einem ununterbrochenen Zustande befunden habe, eben deßwegen so behandelt und angesehen werde, als habe er dazu durch ein giltiges Geschäft ein Recht erworben. Dieser ursprünglich deutsche Gesichtspunkt sei in der späteren Anschauung und Auffassung des Rechtes nie verschwunden, sondern habe sich bisher in der Praxis erhalten, und es sei daher als die Wirkung der unvordenklichen Verjährung die Vermuthung eines rechtmäßigen Erwerbes zu betrachten. Stelle man den unvordenklichen Zustand unter diesen Gesichtspunkt, so könne von einer Unterbrechung desselben durch das Schäfereigesetz keine Rede sein, wie denn auch Savigny[27] bemerke, daß ein neues Gesetz, welches die Verjährung verbiete, auf die unvordenkliche Zeit nicht bezogen werden dürfe. Denn wenn ein unvordenklicher Zustand eine Vermuthung dafür begründe, daß in einer längst vergangenen Zeit ein Recht durch einen wirklichen, nur in Vergessenheit gerathenen, Erwerbsgrund entstanden sei, so müsse dieß auf Schafweidedienstbarkeiten angewendet, die Wirkung haben, daß anzunehmen sei, die über Menschengedenken hinaus geschehene Ausübung eines Schafweiderechtes habe einen rechtmäßigen Entstehungsgrund in einer längst vergangenen Zeit erhalten, wo noch die Bestellung von Weidedienstbarkeiten gesetzlich gestattet gewesen sei." — Man wird dieser Ansicht um so mehr beipflichten müssen, als durch die

[27] a. a. O., S. 530; Seuffert, Pand., 4. Aufl., Bd. I, §. 118, Note 4; Bl. für Rechtsanw., Bd. X, S. 65 ff.; Bd. XXII, S. 281. Vergl. auch Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. II, §. 21.

Digitized by Google

Fortdauer des Zustandes nach Erlassung des gesetzlichen Verbotes die Vermuthung eines vor diese Zeit fallenden rechtlichen Erwerbes nur verstärkt wird und die gegentheilige Ansicht darauf führen würde, daß ein Recht, welches schon zur Zeit der Erlassung des Verbotes seit unvordenklicher Zeit, und nach dem Verbot wieder vielleicht 25 Jahre unbestritten ausgeübt worden, nunmehr mit Erfolg bestritten werden könnte, wenn jetzt die Unvordenklichkeit nur noch unter Einrechnung der 25 Jahre nach Erlassung des Verbotes, für die Zeit vor dessen Erlassung für sich allein aber wegen des inzwischen erfolgten Absterbens der erforderlichen Zeugen nicht mehr bewiesen werden könnte, was dem Zwecke des Institutes der unvordenklichen Verjährung geradezu widerstreiten würde.

6) Die Cession eine Sondernachfolge in die Forderung.

Bekanntlich ist in neuester Zeit die Frage, ob eine Sondernachfolge in Forderungsrechte möglich sei, lebhaft besprochen worden, nachdem es seit Mühlenbruch's Epoche machenden Werke „von der Cession der Forderungsrechte" längere Zeit als ein ausgemachter und auch in den römischen Rechtsquellen[28] ausgesprochener Satz gegolten hatte,

[28] l. 25, §. 2 D. de usufr. (7, 1) „non solet stipulatio semel quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem." Vergl. jedoch Gaj. II, 38 „nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum." Hiemit ist nur ausgesprochen, daß Forderungen nicht auf dieselbe Weise, wie körperliche Sachen also nicht durch die für diese bestehenden Uebertragungsformen der traditio, mancipatio und in jure cessio übertragen werden können. Allein wenn die Römer keine Form für die Uebertragung von Forderungen hatten, so folgt daraus nicht, daß sie eine Sondernachfolge für unzulässig hielten. Vergleiche Mühlenbruch, Cession S. 29 ff.; Windscheid, die Aktio S. 164, 165; Rudorff in der 9. Auflage von Puchta's Pand. §. 280, Note a; Förster, preuß. Privatrecht Bd. I, S. 604, 605; Brinz, Pand. S. 561.

Digitized by Google

daß die Natur des Forderungsrechtes eine Sondernachfolge nicht gestatte, und durch die Cession daher nicht das Forderungsrecht, sondern nur die Ausübung desselben übertragen werden könne.[29] Das hiesige Obertribunal war noch nicht in der Lage, sich über die Streitfrage bestimmt auszusprechen, doch hat sich dasselbe schon in verschiedenen Entscheidungen zu der Ansicht hingeneigt, daß nach heutiger Rechtsauffassung und Gewohnheit durch die Cession nicht blos die Klage, sondern die Forderung selbst ihrer Substanz nach, also das Forderungsrecht, von dem bisherigen Gläubiger, dem Cedenten, auf den Cessionar, als neuen Gläubiger, übergehe, und von jeder Verbindung mit dem bisherigen Gläubiger gelöst werde, indem dabei die Cession, im Anschlusse an eine dem gemeinen Leben gangbare, auch im preußischen Landrechte Thl. I, Tit. 11, §. 376 adoptirte und von Bähr bevorwortete Ausdruckweise, als eine Art Eigenthumsübergang bezeichnet wurde,[30] und es liegt diese Anschauung insbesondere der Thesis des Obertribunals zu Grunde, daß bei der Kollision mehrerer nach einander erfolgten Cessionen desselben Forderungsrechtes die Priorität des Cessionsgeschäftes entscheide.[31] Hiemit ist die Cession

---

[29] Mühlenbruch, Cession, S. 222: „Cession ist die Uebertragung der Befugniß, ein fremdes Forderungsrecht als eigenes geltend zu machen." Puchta im Rechtslexikon Bd. II, S. 639: „Cession der Forderung ist die Uebertragung der Ausübung derselben für eigene Rechnung des Cessionars." Vgl. Puchta, Pand. 9. Aufl. §. 280, S. 431. Vangerow, Pand. 6. Aufl. Bd. III, S. 115: „Eine Cession ist dann vorhanden, wenn Jemand durch ein Rechtsgeschäft oder durch gesetzliche Vorschrift die selbständige Befugniß erlangt hat, eine fremde Forderung zu eigenem Vortheile auszuüben." Dagegen Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden S. 8 ff.

[30] Bähr in Gerber und Ihering's Jahrb. Bd. I, S. 361, 401; Seuffert, Pand. 4. Aufl. §. 297, Note 4; Förster, preuß. Privatrecht Bd. I, S. 612, 613; Sarwey, Monatschrift Bd. XX, S. 300. Dagegen Mühlenbruch Cession S. 20, 21.

[31] Dieses Archiv Bd. III, S. 399 f. Vergl. Protokolle der

Digitized by Google

als eine Sondernachfolge in die Forderung anerkannt und man wird dieser, in einem entschiedenen Verkehrsbedürfnisse wurzelnden und im gemeinen Leben längst eingebürgerten[32] Rechtsauffassung unbedingt beipflichten müssen. Wohl zählt dieselbe in der heutigen Rechtstheorie noch immer viele Gegner, welche sie nicht nur mit Rücksicht auf die römischen Rechtsquellen, sondern auch weil die Natur und das Wesen des Forderungsrechtes dessen Uebertragbarkeit ausschließe, zu bekämpfen suchen. Allein die Zahl ihrer Anhänger ist in stetem Wachsen begriffen und das Leben mit seinen Bedürfnissen steht mit ihr im Bunde, wogegen alle grauen Theorieen machtlos sind. Die großartige Ausdehnung, welche der Verkehr mit Forderungen angenommen hat, fordert eine leichte Realisirbarkeit und rasche Geschäftsabwickelung mit gebieterischer Nothwendigkeit, und diese Forderung findet nur in dem Anerkenntniß der Veräußerlichkeit der Forderungsrechte ein vollständiges Genügen, wie denn auch die Gegner selbst die von dem römischen Rechte eingeschlagenen Wege, um den von einem unabweisbaren Bedürfnisse geforderten Verkehr mit Forderungen zu ermöglichen, als bloße Aushilfe bezeichnen. Mag sich daher auch die Theorie noch so sehr dagegen sträuben, sie wird der Macht des Bedürfnisses unterliegen, und gewiß mit vollem Rechte. Die Theorie verkennt ihre Aufgabe, wenn sie dem Leben keine Rechnung trägt, denn aus dem Leben und seinen Bedürfnissen ist das Recht hervorgewachsen, mit dem Leben und seinen Bedürfnissen muß es daher auch in seiner Entwicklung fortschreiten, wenn es seinen Boden nicht verlieren will, und diese Fortbildung des Rechtes, wie sie im Leben sich vollzieht, hat auch die Wissenschaft anzuerkennen.[33] Wenn daher auch in dem neuesten römischen Rechte der

---

Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allgem. deutschen Obligationenrechtes S. 992.

[32] Vergl. auch Bähr a. a. O. S. 395, 396.

[33] Windscheid, die Aktio S. 170, 171 und Pand. Bd. II, §. 329, Note 9 gegen Vangerow, Pand. 6. Aufl. Bd. III, S. 115.

Digitized by Google

Rechtssatz von der Veräußerlichkeit der Forderungsrechte noch nicht zur vollen Geltung gekommen ist, so kann dieß die Theorie und Praxis nicht hindern, dem natürlichen Entwicklungsgange, welchen die Cessionslehre inzwischen im Leben genommen, zu folgen, und demgemäß in der Cession eine Sondernachfolge in die Forderung zu erblicken.

Das Bedürfniß der Uebertragung von Forderungen war auch bei den Römern schon frühe vorhanden, wenn man gleich damals von dem Umfange, welchen der Verkehr mit Forderungen in der Gegenwart angenommen hat, noch keine Ahnung gehabt haben mag. Die Formen, welche für die Uebertragung von körperlichen Sachen bestanden, erschienen aber nicht anwendbar für die Uebertragung von Forderungen[34] und die Delegation konnte, da durch sie die bestehende Obligation mit ihren Sicherungsrechten aufgehoben und eine neue an ihrer Stelle begründet, überdieß zu derselben die Einwilligung des Schuldners erfordert wird, dem Verkehrsbedürfnisse nicht genügen. Dieß führte zu dem von Mühlenbruch allzu hoch gepriesenen[35] Auswege, Denjenigen, welchem man den Vortheil eines Forderungsrechtes verschaffen wollte, zu beauftragen, Namens des Gläubigers die Leistung einzufordern und das Eingeforderte für sich zu behalten, woraus der Begriff eines procurator in rem suam sich entwickelte. Allein auch dessen Verhältniß hatte, da der ursprüngliche Gläubiger der wahre Gläubiger blieb, eben doch immer den prekären Charakter des Mandates, welches jederzeit gekündigt werden und jeden Augenblick durch den Tod des Mandanten oder des Mandatars erlöschen konnte. Erst durch die Litiskontestation wurde der procurator in rem suam gegen diese Nachtheile und die dadurch ermöglichten willkürlichen Verfügungen des Mandanten über die abgetretene Forderung gesichert und ein festeres Verhältniß für denselben begründet. Dieß

---

[34] Vergl. Note 28.

[35] Cession S. 178.

Digitized by Google

konnte auch bescheidenen Bedürfnissen wenig genügen und man gewährte daher später dem Mandatar, um ihm auch ohne Rechtsstreit die Sicherung seiner Rechte zu ermöglichen, das Rechtsmittel der Denunciation an den Schuldner, wodurch die Einwirkung des Gläubigers (Cedenten) auf die Obligation ausgeschlossen und der Schuldner zur Zahlung an den Prokurator (Cessionar) verpflichtet wurde. Auch dieß blieb aber immer nur ein Nothbehelf und das spätere römische Recht gab daher neben der mandata actio, zunächst in Fällen, wo eine Verpflichtung zur Abtretung einer Forderung bestand, ein Mandat aber nicht ertheilt worden war, bei fortschreitender Rechtsentwicklung auch in anderen Fällen, eine utilis actio, mit welcher Derjenige, dem sie gegeben wurde, suo nomine gegen den Schuldner klagte.[36] Ueber die eigentliche Bedeutung der utilis actio, welche erst in der Kaiserzeit ihre Ausbildung erhielt, bestehen zwar verschiedene Meinungen, indem Mühlenbruch und seine Anhänger dieselbe als die fingirte actio mandata betrachten, welche zu dem Zwecke gegeben sei, um den Berechtigten in dieselbe Lage zu bringen, wie wenn ihn der Gläubiger wirklich zum procurator in rem suam gemacht hätte,[37] während Andere die Annahme eines fingirten Mandates verwerfen und in der utilis actio eine eigene Klage des neu Eintretenden, welche diesem statt des Obligationssubjektes gegeben werde, eine erweiterte Anwendung der actio directa erblicken.[38] Man wird jedoch allen Grund haben,

---

[36] Ueber die allmälige Ausbildung der utilis actio vergl. Mühlenbruch, Cession S. 188 ff.; Bähr in Gerber u. Ihering's Jahrb. Bd. I, S. 381 ff.; Windscheid, die Aktio u. s. w. S. 124 ff.

[37] Mühlenbruch, Cession S. 152, 177 ff.; Vangerow, Pand. 6. Aufl. B. III, S. 113—115; Puchta, Pand. §. 280; Muther, zur Lehre von der röm. Aktio S. 126 ff.; Scheid, Cession S. 194 f.

[38] Windscheid, Aktio S. 127 f.; Derselbe, Pand. Bd. II, §. 329, Note 6, 7; Brinz, Pand. S. 561 f.; Bähr in Gerber u. Ihering's Jahrb. Bd. I, S. 381, 389 f.; Salpius, Novation und

Digitized by Google

der letzteren Ansicht sich anzuschließen, bei welcher auch das suo nomine agere erst seinen wahren Sinn erlangt, der bei der Fiktion des Mandates nicht zu gewinnen ist; denn als Prokurator, also in Vertretung eines Andern, und doch in eigenem Namen klagen sind unvereinbare Gegensätze. Hienach war der Rechtssatz von der Veräußerlichkeit der Forderungsrechte in dem neueren römischen Rechte fast zum Abschluß gekommen und der Schritt bis zur Anerkennung der Sondernachfolge in Forderungen nur noch ein kleiner. Denn da ein Unterschied zwischen der directa und utilis actio in deren Wirkungen nicht besteht, für die directa daher neben der utilis ein Inhalt nicht mehr übrig bleibt, ohne actio aber die bei dem bisherigen Gläubiger zurückbleibende obligatio wesenlos ist,[39] so blieb, nachdem dem Cessionar die utilis actio gegeben war, dem bisherigen Gläubiger die abgetretene Forderung nur dem Namen und

Delegation S. 394 ff.; Förster, preuß. Privatrecht Bd. I, S. 608 ff.

[39] „Jene actio directa des Cedenten neben der actio utilis des Cessionars," sagt Bähr a. a. O. S. 422 f., „ist nichts mehr als das nudum jus Quiritium dem in bonis habere gegenüber, als das Recht des Civilerben im Gegensatz zu der bonorum possessio cum re. Sie ist ein leerer Name, eine historische Reminiscenz von dem altrömischen Satze, daß Forderungsrechte nicht übertragbar seien; die abgewelkte Blatthülse, welcher die actio utilis des Cessionars entwachsen ist. Als reiner Zufall ist es zu betrachten, daß Justinian sie nicht gerade so, wie das nudum jus Quiritium, ausdrücklich aufgehoben hat; und von ihr als einem praktischen Begriffe reden, gehört so recht zum modernen Mumienkultus." Vgl. auch Windscheid, die Aktio ꝛc. S. 147, 148, 173, 174. — Daß der alte Gläubiger trotz der Cession bis zur Denunciation die Forderung von dem debitor cessus noch einziehen kann, widerlegt den im Texte aufgestellten Satz nicht; denn hiezu hat der alte Gläubiger nicht sowohl ein Recht, als vielmehr ist ihm bis zur Bekanntmachung der Cession an den Schuldner nur thatsächlich die Möglichkeit gegeben, die Schuld noch einzuziehen und über sie zu verfügen. Ein Recht besteht nur auf Seiten des mit der Cession unbekannten, in bona fide befindlichen, Schuldners, an den bisherigen Gläubiger Zahlung zu leisten, auf Seiten des letzteren da-

Digitized by Google

der Form nach, während sie dem Erfolge und dem Wesen nach dem Cessionar gehörte. Diesen Zwiespalt zwischen Form und Sache, zwischen Schein und Wahrheit fortzunähren liegt kein Grund vor,[40] und für das heutige Recht ergibt sich daher als Resultat, daß durch die Cession nicht blos die Klage, sondern auch das Forderungsrecht auf den Cessionar übertragen wird, was auch der Auffassung im heutigen Rechtsleben vollkommen entspricht. Wozu einen Umweg einschlagen, wenn der gerade Weg zu demselben Ziele offen steht.

Die Anhänger der Mühlenbruch'schen Theorie von der Unzulässigkeit einer Sondernachfolge in Forderungen machen zwar geltend, daß die Natur und das Wesen der Obligation jede Uebertragbarkeit derselben ausschließe.[41] Allein so oft dieß auch behauptet worden ist und als so selbstver-

---

gegen ist die Verfügung über die cedirte Forderung dolus, der die Annahme eines fortdauernden Rechtes geradezu ausschließt. Bähr, a. a. O. S. 415, 416, 422 f.; Förster, preuß. Privatrecht Bd. I, S. 610.

[40] Man müßte denn den Grund von Kuntze, die Obligation und die Singularsuccession ꝛc. S. 345 gelten lassen, welcher sich den Einwand, ob es nicht bei der definitiven Aufhebung aller „Geltendmachungsbefugniß" überflüssig sei, die Obligation des „Urgläubigers" nach der Cession noch als fortdauernd anzunehmen, damit beantwortet: „Nun ein praktisches und äußerliches Interesse fehlt allerdings an dieser Daseinsfristung; aber als Männer der Wissenschaft müssen wir die Möglichkeit eines theoretischen und innerlichen Bedürfnisses anerkennen." Dagegen wird man jedoch der Bemerkung von Bähr a. a. O. S. 356 vollkommen beistimmen müssen, daß die Daseinsfristung einer Wissenschaft zweifelhaften Werthes erscheine, welche mit ihren mühsam erkämpften Resultaten nichts anzufangen wisse.

[41] Mühlenbruch, Cession S. 20—28; Vangerow, Pand. 6. Aufl. Bd. III, S. 111; Puchta, Pand. §. 280; Derselbe, Kleine Schriften S. 456; Unterholzner, Schuldverh. Bd. I, §. 277; Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechtes S. 15; Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen S. 1, 2; Kuntze, die Obligation und die Singularsuccession §. 15—20.

Digitized by Google

ständlich diese Eigenthümlichkeit vielfach hingestellt wird, so wird man doch entschiedenen Widerspruch dagegen einlegen und denjenigen beitreten müssen, welche, wie insbesondere Windscheid, die Widerlegung des Mühlenbruch'schen Satzes unternommen und dessen Haltlosigkeit überzeugend dargelegt haben,[42] worauf hinzuweisen hier sich begnügt werden muß, da das Eingehen auf die verschiedenen Deduktionen die diesen Bemerkungen gesteckten Grenzen überschreiten würde. Sieht man auf die praktischen Resultate, so ist der ganze Streit ohnedieß von keiner Bedeutung und es dürfte Manchem selbst schwer werden, zu sagen, was das mit so großem Aufwande von Scharfsinn und Gelehrsamkeit gewonnene Ergebniß für eine praktische Bedeutung habe. Der Sache nach hatten schon die Römer die Sondernachfolge in Forderungen, der Sache nach muß dieß auch von Solchen anerkannt werden, welche die Successionstheorie lebhaft bekämpfen, und es kann demgemäß nicht verwundern, daß die ältere Doktrin vor Mühlenbruch an der Möglichkeit einer Sondernachfolge in Forderungen gar keinen Zweifel hatte. Bis Mühlenbruch war es die herrschende Ansicht, daß auch in Forderungen Sondernachfolge stattfinde und die einem Andern cedirte Forderung aus dem Vermögen des bisherigen Gläubigers ausscheide und in dasjenige des Cessionars als neuen Gläubigers übergehe.[43] Erst Mühlenbruch hat die Theorie von der Unveräußerlichkeit der Forderungen begründet und seine Auktorität machte

---

[42] Windscheid, die Aktio ꝛc. §. 16, 17, S. 148 ff.; Derselbe in der Münchener krit. Ueberschau Bd. I, S. 27 ff.; Förster, preuß. Privatrecht Bd. I, S. 610—612.

[43] Schilter, praxis jur. Rom. in foro Germ. Tom. II, exerc. 30, §. 62 sequ.; Ludovici, doctrina Pand. lib. XVIII, tit. 4, §. 9; Leyser, medit. sp. 199 med. 6, 7; Mevius, Dec. VIII, 440; Berger, oecon. jur. II, tit. VI, th. I, Not. 3; J. H. Böhmer, exercit. ad Pand. T. II, exerc. 28, cap. 1, §. 22; Höpfner, Kommentar 8. Ausg. §. 992, S. 736. Vergl. Mühlenbruch, Cession §. 17, S. 201 ff.; Kuntze, die Obligation und Singularsuccession §. 7, 8, 9, S. 18—30.

Digitized by Google

sie zur herrschenden.[44] Allein in neuester Zeit hat ein Umschwung der Meinungen begonnen und, wenn nur die Praxis ihren Beruf erkennt und unbeirrt von bloßen Theorien dem Wirklichen und Wahren sich zuwendet, so wird dem unfruchtbaren Streite, welchen die Theorie gegen die im Verkehre gangbaren und in dessen Bedürfnissen wurzelnden, naturgemäßen Anschauungen unternommen hat, bald der Boden entzogen sein.[45] Wie sehr die Successionstheorie den Rechtsanschauungen der Gegenwart entspricht, dafür legen auch die neueren Gesetzgebungen und Gesetzgebungsarbeiten ein beredtes Zeugniß ab, welche ohne Unterschied das Prinzip der Sondernachfolge in Forderungen anerkennen.[46]

Hieran hat sich auch der Dresdener Entwurf eines

[44] Mühlenbruch, Cession §. 18, S. 220 ff.; Unterholzner, Schuldverh. Bd. I, S. 598; Puchta, im Rechtslexikon Bd. II, S. 636 ff.; Derselbe, Pand. §. 280 u. Vorl. dazu; Vangerow, Pand. 6. Aufl. Bd. III, S. 114—117; Sintenis, Civilrecht Bd. II, §. 102, S. 381 ff.; Keller, Pand. §. 280, 281 und die oben in Note 41 Genannten.

[45] Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden S. 8 ff.; Windscheid, kritische Ueberschau Bd. I, S. 27 ff., die Aktio §. 19, Pand. §. 329; Bähr in Gerber und Jhering's Jahrb. Bd. I, S. 394 ff., 407 ff.; Brinz, kritische Blätter Heft 2, S. 34, Pand. §. 130; Seuffert, Pand. §. 297, Note 4; Arndts, Pand. 2. Aufl. §. 254, Note 4; Salpius, Novation und Delegation S. 345 f.; Unger, österr. Privatrecht Bd. II, S. 19, 20; Förster, preuß. Privatrecht Bd. I, §. 99; Beseler, deutsches Privatrecht Bd. II, §. 118.

[46] Preußisches Landrecht Thl. I, Tit. 11, §. 376—344; österreichisches a. bürg. Gesetzbuch §. 1392, dessen Standpunkt übrigens nicht ganz klar ist (vergleiche Stubenrauch, Komm. S. 624 ff.); Code civil Art. 1689, 1692 vergl. mit Zachariä, Bd. II, S. 400; sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 953, 967; Züricher privatrechtl. Gesetzbuch §. 1025, 1035, hiezu Bluntschli, Komm. Bd. III, S. 86; bayerischer Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches Thl. II, Art. 145, Motive S. 98. — Nur der hessische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches IV. Abth., 1. Buch, Art. 261 steht auf dem Boden der damals zur unbestrittenen Herrschaft gelangten Mühlenbruch'schen Theorie.

Digitized by Google

gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse angeschlossen, indem derselbe im Art. 322 bestimmt: „Der Gläubiger kann Forderungen durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden oder auf den Todesfall ohne Einwilligung des Schuldners an einen Andern veräußern (abtreten, cediren). Mit der Veräußerung der Forderung hört der Veräußerer auf, Gläubiger zu sein und der Erwerber tritt als neuer Gläubiger in die Forderung ein." Bei Berathung dieser Bestimmung in der Dresdener Kommission herrschte Einstimmigkeit darüber, daß nach der heutigen Rechtsanschauung die Cession als eine wahre Singularsuccession aufzufassen sei, wenn gleich Ein Mitglied der Kommission vom Standpunkte des römischen Rechtes die Mühlenbruch'sche Theorie seinen Ausführungen zu Grunde gelegt hat. Im Uebrigen wurde zu Begründung der angeführten Bestimmung des Entwurfes im Schooße der Kommission bemerkt: Im heutigen Rechtsbewußtsein des Volkes stelle sich die cedirte Forderung als eine eigene Forderung des Cessionars dar, welcher als neuer Gläubiger an die Stelle des creditor cedens trete. Der Cessionar handle, indem er die cedirte Forderung geltend mache, nicht mehr als Prokurator des creditor cedens. Mit dem Akte der Cession höre vielmehr der letztere auf, Gläubiger zu sein,[47] nach demselben könne daher der debitor cessus giltig nicht mehr an ihn zahlen, es sei denn, daß er bona fide gezahlt, d. h. zur Zeit der Zahlung noch keine Kenntniß von der Cession gehabt habe, in welchem Falle aber der creditor cedens das vom Schuldner als Zahlung Empfangene dem Cessionar ausliefern müsse. Daraus folge von selbst, daß nach einmal geschehener Cession die cedirte Forderung nicht mehr per confusionem untergehen könne, falls der creditor cedens den debitor cessus beerbe oder von letzterem beerbt werde. Dieser Rechtsanschauung könne mit Grund nicht entgegen gehalten werden, daß sie der Natur des

[47] Vergl. Bähr a. a. O. S. 414 ff.

vinculi juris widerstreite, welches den ursprünglichen creditor und debitor umschlinge. Denn es komme nur darauf an, wie dieses vinculum geschlungen werde. Der Schuldner, welcher mit dem Bewußtsein, daß der Gläubiger seine Forderung gegen ihn einem Andern abtreten könne, eine Schuld kontrahire, erkenne dieses vinculum selbst von Anfang an schon für so weit geschlungen an, daß ein Anderer, statt des ursprünglichen Gläubigers, in dieses vinculum eintreten könne. Hiemit falle auch das etwaige weitere Bedenken, daß der Gläubiger dem Schuldner gegen dessen Willen keinen neuen Gläubiger aufdrängen könne, um so mehr hinweg, als auch nach römischem Rechte der Cessionar nach der dem Schuldner von der Cession gemachten Anzeige dem letzteren gegenüber sich wie ein Gläubiger gerire, indem er über die ihm cedirte Forderung selbstständig disponire und wie ein neuer Gläubiger solche für sich geltend mache. Wichtig sei hiebei nur, daß der Schuldner durch die Cession in keine rechtlich schlimmere Lage gelange, als in welcher er auch ohne die Cession gewesen wäre. Hiergegen sei er nach römischem Rechte dadurch geschützt, daß ihm das Recht zustehe, dem Cessionar die Einreden zu opponiren, die ihm gegen den cedirenden Gläubiger zustehen, vorausgesetzt, daß sie zu der Zeit, wo der Schuldner in ein ausschließliches Verhältniß zu dem Cessionar getreten, schon begründet gewesen seien. Diesen Schutz genieße der Schuldner auch nach der in dem Entwurfe adoptirten Rechtsanschauung, weil hier der Grundsatz eingreife, daß Niemand mehr Rechte, als er selbst habe, auf einen Andern übertragen, folglich der Cessionar nicht mehr Rechte, als der creditor cedens selbst gegen den Schuldner bis zur Zeit der Cession gehabt, vom creditor cedens habe erwerben können. Hiemit sei zugleich von selbst ausgedrückt, daß die Cession nicht eine Novation enthalte, wonach die alte Forderung erlöschen und eine neue an deren Stelle treten würde. Es bleibe vielmehr die Forderung, nach wie vor, bestehen, sie gehe so, wie sie in den Händen des creditor

Digitized by Google

cedens sich befunden, auf den Cessionar über. Die Cession habe daher auch keinen ändernden Einfluß auf die zur Sicherheit der cedirten Forderung etwa bestehenden Pfandrechte oder Bürgschaften. Die durch den Eintritt des Cessionars subjektiv herbeigeführte Aenderung alterire in objektiver Hinsicht die cedirte Forderung um so weniger, als die Cession solcher Forderungen ausgeschlossen sei, bei denen die subjektive Aenderung einen alterirenden Einfluß auf den Inhalt der Obligation äußern könnte. [48]

7) Nothwendige Cession; Uebergang der Forderungen kraft Gesetzes.

Bei der am $\frac{13. \text{ März}}{3. \text{ April}}$ 1867 erfolgten Entscheidung der Appellationssache R. c. württ. Gebäudebrandversicherungsanstalt kam die Frage zur Sprache, ob es in den Fällen, wo ein gesetzliches Recht auf Abtretung einer Forderung bestehe, zum Uebergang der Forderung auf den Abtretungsberechtigten erst noch einer auf Uebertragung der Forderung gerichteten Willenserklärung des bisherigen Gläubigers bedürfe, oder ob nicht in Fällen der gedachten Art der Uebergang der Forderung auf den Abtretungsberechtigten schon kraft Gesetzes eintrete. [49] Für letzteres sprach sich der Referent aus, indem er bemerkte, es wäre dem Satze allgemeine Anerkennung zu wünschen, daß eine nothwendige, auf einer allgemeinen Rechtsvorschrift beruhende, Cession als geschehen zu fingiren sei, da nur mit diesem Prinzip dem materiellen Rechte gedient sei, dasselbe auch als schon in dem bestehenden Rechte begründet von manchen Gerichten

---

[48] Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines gemeinsamen deutschen Obligationenrechtes S. 955, 956.

[49] Vergl. dieses Archiv Bd. IX, S. 95, 96, 437, wo die Frage jedoch nur in der Beschränkung auf das dem zahlenden Bürgen gegen den Gläubiger zustehende Recht auf Abtretung der diesem bezüglich der verbürgten Forderung zustehenden Rechte berührt ist.

Digitized by Google

und Rechtsgelehrten vertheidigt werde [50] und auch in dem Dresdener Entwurfe eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 339 Anerkennung gefunden habe. — Zur Entscheidung durch das Kollegium kam die Frage nicht. — Daß es nach gemeinem Rechte Fälle gibt, in welchen ein gesetzlicher Uebergang des Forderungsrechtes ohne eine hinzutretende Willenserklärung des bisherigen Gläubigers stattfindet, wird allgemein anerkannt, bestritten ist nur, ob dieß für alle Fälle der nothwendigen, also unmittelbar auf dem Gesetze beruhenden, Cession gelte. In dem Dresdener Entwurfe wird die Frage allgemein bejaht, indem der Art. 339 ausspricht: „Bestimmt ein Gesetz, daß eine Forderung auf einen andern übergehen solle, . . . so erfolgt der Uebergang der Forderung sofort, ohne eine Willenserklärung des bisherigen Gläubigers . . . mit dem Vorhandensein der Voraussetzungen des Uebergangs auf den neuen Gläubiger." Es wurde jedoch diese Bestimmung nicht ohne Widerspruch in den Entwurf aufgenommen, indem einmal geltend gemacht wurde, daß die Sicherheit des debitor cessus dadurch leide, und weiter hervorgehoben wurde, daß der Anspruch auf den Erwerb eines Rechtes noch nicht den Erwerb dieses Rechtes von selbst in sich schließe. In den Fällen, wo in demselben Augenblick das Forderungsrecht

---

[50] Savigny, Obligationenrecht Bd. I, S. 243—248; Puchta, im Rechtslexikon Bd. II, S. 641 f., Pand. §. 281; Seuffert, Pand. 4. Aufl. Bd. II, §. 298, S. 165 im Texte; Förster, preuß. Privatrecht Bd. I, §. 99, S. 613, Note 40; Seuffert, Archiv, Bd. III, Nro. 259, Bd. VI, Nro. 313, Bd. X, Nro. 159, Bd. XVI, Nro. 40. Vgl. dagegen Windscheid, die Aktio ꝛc. S. 194 ff., Pand. Bd. II, §. 330, Note 12; Brinz, Pand. §. 131, S. 567; Bähr, in Gerber und Iherings Jahrb. Bd. I, S. 400; Zimmermann in der Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß N. F., Bd. XV, S. 102 ff.; Zaun im Archiv für pr. Rechtsw. N. F., Bd. I, S. 18 bis 27; Schmid, Cession, S. 189—192; Thöl, Handelsrecht, Bd. I, §. 24, Note 7; E. A. Seuffert in der vierten Ausgabe von Seufferts Pand., §. 298, Note 8.

Digitized by Google

und die gesetzliche Verbindlichkeit zur Abtretung desselben entstehe, würde sich aus dem fraglichen Satze das seltsame Resultat ergeben, daß die abzutretende Forderung sich keinen Augenblick im Vermögen des abtretenden Gläubigers befinde. Auch stehe dem sofortigen Uebergang der Forderung auf den Berechtigten entgegen, daß diesem ohne seinen Willen ein Forderungsrecht nicht erworben werden könne, somit dieser Erwerb nicht als erfolgt angenommen werden könne, so lange der Berechtigte seine Absicht, die Forderung zu erwerben, nicht zu erkennen gegeben habe. Es wurde jedoch hiegegen bemerkt, daß, wenn auch vorausgesetzt werden müsse, es wolle der Berechtigte die nach dem Gesetze auf ihn übergehende Forderung für sich in Anspruch nehmen, da ihm die Forderung gegen seinen Willen nicht aufgedrungen werden könne, hieraus nur folge, daß der Eintritt der Wirksamkeit der nothwendigen Cession durch die Annahme oder Geltendmachung der Forderung Seitens des Berechtigten bedingt werde; es stehe aber nichts im Wege, die Cession mit dem Eintritt der Bedingung rückwärts als von dem Augenblicke an als geschehen zu betrachten, wo die gesetzlichen Voraussetzungen derselben vorhanden gewesen. Auf diese Weise werde man dem praktischen Bedürfnisse Rechnung tragen, ohne gegen die juristische Konsequenz zu verstoßen. Eine Gefährdung der Sicherheit des debitor cessus sei nicht zu besorgen, da dieser, so lange er in bona fide sei, mit der Wirkung der Befreiung von seiner Verbindlichkeit an den ursprünglichen Gläubiger zahlen könne. Die Erklärung des Verpflichteten könne nicht entscheiden, da diese nicht erzwingbar sei und es daher im Streitfalle doch wieder eines richterlichen Ausspruches bedürfen würde, durch welchen der unmittelbare Erwerb der Forderung festgestellt werde. Da durch ein richterliches Erkenntniß aber ein Recht nicht geschaffen, sondern nur das Bestehen desselben anerkannt werde, so setze der Ausspruch, daß die Forderung dem Berechtigten erworben sei, immer wieder voraus, daß dieser Erwerb unmittelbar durch das Gesetz,

Digitized by Google

nicht erst durch eine hinzutretende Willenserklärung des Verpflichteten bewirkt werde. [51]

In ähnlicher Weise ist in dem privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich im §. 1027 ausgesprochen: „Ausnahmsweise ist der Gläubiger nach der besondern Natur eines Rechtsgeschäftes oder um einer bestimmten Verbindung willen, in welcher er zu einem Dritten steht, auch verpflichtet, seine Forderung diesem abzutreten. Ist die Cession so eine nothwendige, so ist der Cessionär aus dem vorhandenen Cessionsgrunde auch ohne Willenserklärung des Cedenten, wenn nicht das Gesetz etwas Anderes bestimmt (§. 1621), berechtigt, die Forderung für sich anzusprechen und geltend zu machen." Die vorbehaltene Ausnahme bezieht sich lediglich auf die Forderung, die der Kommissionär dem Kommittenten abzutreten hat, und hat ihren Grund in dem Retentionsrecht des Ersteren. Im Uebrigen aber bemerkt Bluntschli, der Redaktor des Züricher Gesetzbuches, daß schon die Römer in den angeführten Fällen der cessio necessaria eine actio utilis ertheilt haben; auf einfacherem Wege werde geholfen, indem man den nothwendigen Cessionsgrund von Rechtswegen zu Gunsten des berechtigten neuen Gläubigers wirken lasse, sobald dieser die Forderung geltend machen wolle. [52] Auch nach dem preußischen Landrecht geht in den Fällen der nothwendigen Cession die Forderung auf den Berechtigten über, ohne daß es einer Uebertragung von Seiten des Verpflichteten bedarf, wovon jedoch einzelne inkonsequente Ausnahmen gemacht werden. Dagegen ist der Berechtigte in den Fällen der nothwendigen Cession befugt, auch eine ausdrückliche Cession der Rechte des bisherigen Gläubigers an ihn zu verlangen. [53] Das sächsische bürgerliche Ge-

[51] Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines gemeinsamen deutschen Obligationsrechtes, S. 968—977.

[52] Bluntschli, privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich Bd. III, S. 87.

[53] Vergl. preußisches Landrecht Thl. I. Tit. 11. §. 442. Tit.

setzbuch dagegen erfordert in §. 962 in allen Fällen, wo der Gläubiger zur Abtretung der Forderung an einen Andern verpflichtet ist, eine hierauf gerichtete Willenserklärung des bisherigen Gläubigers zum Uebergang der Forderung auf den Berechtigten.

8) Verjährung einer im Gante des Schuldners durchgefallenen Forderung.

Das Obertribunal hat schon in mehreren Fällen sich dahin ausgesprochen, daß eine im Gante durchgefallene Forderung, so lange der Schuldner nicht in bessere Vermögensumstände gekommen, welche seinen Wiederangriff ermöglichen, beziehungsweise zuläßig machen, der Verjährung nicht unterworfen sei. Es wurde hiefür geltend gemacht, daß für den im Gante durchgefallenen Gläubiger die Gantverweisung die Bedeutung habe, daß in Beziehung auf seine Forderung das Exekutionsverfahren zur Zeit eingestellt sei. Ein solcher Gläubiger könne den Antrag auf Exekution nicht sofort erneuern, sondern erst dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen, unter welchen ein Wiederangriff des verganteten Schuldners überhaupt zuläßig sei, eingetreten seien, d. h., wenn sich die Vermögensumstände des Schuldners insoweit, als es zum Wiederangriff nach den Gesetzen erfordert werde, verbessert haben. Bis zu diesem Zeitpunkt sei die Geltendmachung des Nachforderungsrechtes des Gläubigers suspendirt, und wenn er dieses Recht ausüben wolle, so habe er vor Allem darzuthun, daß die Bedingung der Ausübung desselben, die Verbesserung der Vermögensumstände des Schuldners eingetreten sei. So lange aber dem Gläubiger die rechtliche Möglichkeit, sein Nachforderungsrecht geltend zu machen, entzogen sei, ruhe die Verjährung. Auch bei der Berathung des Gesetzes vom 6. Mai 1852 seien Regierung und Stände darüber einig

14, §. 338, Tit. 16, §. 46, vergl. mit §. 47, 48, Tit. 21, §. 79; Förster, preuß. Privatrecht, Bd. I, §. 99, S. 613, 615, 616.

Digitized by Google

gewesen, daß nach allgemeinen Grundsätzen eine im Gante durchgefallene Forderung, so lange der Schuldner nicht in bessere Vermögensumstände gekommen, der Verjährung nicht unterliege. Eine Verschiedenheit der Ansichten sei nur in der Begründung dieses Satzes hervorgetreten, indem man in der zweiten Kammer davon ausgegangen sei, daß die Forderung erst von dem Zeitpunkte an, wo der Gantmann zu besseren Kräften gekommen, wieder klagbar werde, wogegen in dem Kommissionsberichte der ersten Kammer bemerkt worden sei, daß die Forderung selbst nach wie vor eine im rechtlichen Sinne entstandene, also an sich klagbare Forderung bleibe, daß aber der Gläubiger, so lange die Umstände des Schuldners sich nicht verbessert haben, die Einleitung oder Fortsetzung der Hilfsvollstreckung nicht beantragen könne und daß nur in Beziehung auf diesen Vollstreckungsantrag der Lauf der Verjährung gehemmt sei.[54]

Diese Sätze wurden von dem Obertribunal am 2./3. Mai 1864 in der Appellationssache K. c. Z. und am 23. Dezember 1864 in der Appellationssache K. und Sch. c. M. auf Fälle angewendet, in welchen dem Wiederangriffe des verganteten Schuldners die Rechtswohlthat des Nothbedarfs entgegen stand.[55] In einer am 24. Mai 1867 ergangenen Entscheidung in der Appellationssache der Gebr. K. c. R. u. Comp. wurde aber angenommen, daß dasselbe auch Geltung habe, wenn die Rechtswohlthat des Nothbedarfs nicht Platz greife. Denn auch dann, wenn dem Schuldner die Rechtswohlthat des Nothbedarfs nicht zukomme, sei die Ausübung des Nachforderungsrechtes des durchgefallenen Gläubigers dadurch bedingt, daß der Schuldner neues Vermögen erworben habe; der Gläubiger, welcher

[54] Verhandl. der Kammer der Abg. von 1851, Prot. Bd. II, S. 997—999; Verh. der Kammer der Standesh. von 1851—52, Beilagen Bd. I, S. 223 und 226.

[55] Tafel, Civilrechtssprüche Bd. VI, S. 292 ff.; vergl. auch Bd. III, S. 115 ff.

Digitized by Google

sein Nachforderungsrecht ausüben wolle, habe auch hier zur Begründung seines Antrags darzuthun, daß jene Bedingung eingetreten sei, und der Schuldner habe das Recht, zu verlangen, daß er unbelästigt bleibe, so lange jener Nachweis nicht geliefert werde. Der Unterschied zwischen den Fällen, wo dem Schuldner die Rechtswohlthat zustehe, bestehe nur darin, daß in den Fällen der ersteren Art das neue erworbene Vermögen des Schuldners ein beträchtlicheres sein müsse, als in Fällen der letzteren Art, und daß in jenen Fällen dem Schuldner von dem neuen Erwerb wenigstens soviel belassen werden müsse, als er zu seinem Lebensunterhalt bedürfe. In beiderlei Fällen aber sei der Gläubiger verhindert, seinen Exekutionsantrag zu erneuern, so lange ein neuer Vermögenserwerb nicht stattgefunden habe, und dieses Hinderniß sei auch da, wo dem Schuldner keine Rechtswohlthat zu statten komme, als ein rechtliches Hinderniß zu betrachten, sofern auch in diesem Falle die Befugniß des Gläubigers, sein Nachforderungsrecht auszuüben, durch den Nachweis eines neuen Vermögenserwerbs bedingt sei.[56]

9) Verlagsvertrag; Verbot anderweitiger Verfügungen des Autors über das in Verlag gegebene Werk zum Nachtheile des Verlegers.

Entscheidungsgründe des Obertribunals enthalten die

[56] Es wurde hiezu noch weiter bemerkt, daß die rechtliche Ansicht, daß die Verjährung einer im Gante durchgefallenen Forderung so lange ruhe, bis die Vermögensumstände des Schuldners sich verbessert haben, allerdings die Folge habe, daß der Zeitpunkt des Wiederbeginns der Verjährung in vielen Fällen sehr unsicher werden werde. Die entgegengesetzte Ansicht aber führe zu weit nachtheiligeren Ergebnissen, nämlich dazu, daß die Gläubiger, deren Forderungen der kurzen Verjährungszeit des Gesetzes von 1852 unterliegen, genöthigt werden, nach beendigtem Gante alle drei Jahre mit neuen Exekutionsanträgen aufzutreten, welche entweder nur zur nutzlosen Belästigung der Gläubiger selbst und der Gerichte gereichen, oder aber dem pergantetem Schuldner die Erholung von seinem Vermögenszerfall unmöglich machen werden.

Digitized by Google

Bemerkung, daß ein Schriftsteller ein in Einzelverlag gegebenes Werk in eine einem andern Verleger übertragene Gesammtausgabe seiner Werke nicht aufnehmen dürfe. Zur Begründung dieses Satzes wurde geltend gemacht, daß nach allgemeinen Grundsätzen über Verträge ein Schriftsteller das auf seinen Verleger übertragene Recht nicht beeinträchtigen, namentlich also über eine in Verlag gegebene Schrift keinen Verlagsvertrag mit einem andern Verleger schließen dürfe. Dieß geschehe aber, wenn er ein einzeln verlegtes Werk während der Dauer des Verlagsrechtes einer in einem andern Verlage erscheinenden Gesammtausgabe seiner Werke einverleiben lasse. Es entstehe nämlich durch eine solche Sammlung, da die Individualität der einzelnen Werke nicht in einem höheren Ganzen aufgehe, keine neue Sache. Bringe daher Jemand alle Werke eines Schriftstellers einzeln an sich, so habe er nicht weniger als derjenige, welcher eine Gesammtausgabe dieser Werke erwerbe. Der Beweis einer Gewohnheit, wonach bei Veranstaltung von Gesammtausgaben die Rechte der Einzelverleger nicht berücksichtigt werden, sei so wenig erbracht, daß sogar erhebliche Momente für deren Nichtexistenz sprechen. [57]

Entscheidung des Obertribunals vom 15. Januar 1848 in der Appellationssache H. gegen Sch., R. und S.

Der in vorstehender Entscheidung ausgesprochene Satz ist nur eine Konsequenz des allgemeinen Rechtssatzes, daß der Autor, welcher ein Werk in Verlag gegeben hat, keine solche anderweitigen Verfügungen über das Werk treffen darf, wodurch das dem Verleger durch den Verlagsvertrag eingeräumte ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und zum Vertriebe des Werkes verletzt und das bei diesem Vertriebe vorhandene pekuniäre Interesse des Verlegers benach-

[57] Die obige Entscheidung des Obertribunals ist zwar schon in Seufferts Archiv Bd. IV, Nro. 80 veröffentlicht worden; die angehängten Bemerkungen, wozu die Entscheidung den Anlaß bot, werden jedoch die Wiederaufnahme in diese Mittheilungen rechtfertigen.

Digitized by Google

theiligt würde. Demgemäß bestimmt der Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse in dem Art. 658: „Der Autor darf, so lange die Auflagen des Werkes, welche der Verleger zu veranstalten vertragsmäßig berechtigt ist, nicht vergriffen sind, zum Nachtheile des Verlegers über das Werk nicht anderweit verfügen; insbesondere darf er eine anderweite Auflage des nämlichen Werkes oder einzelner Theile desselben, oder dessen Aufnahme in eine Gesammtausgabe seiner Werke oder in ein Sammelwerk weder selbst, noch durch Ueberlassung des Verlages an einen Anderen veranstalten. Dem Autor, welcher einzelne Beiträge zu einem Sammelwerke geliefert hat, ist unbenommen, diese Beiträge auch selbstständig oder in einer Gesammtausgabe seiner Werke zu veröffentlichen, sofern nicht die von ihm gelieferten Beiträge in derselben Form, in welcher sie einen Bestandtheil des Sammelwerkes bilden, zugleich selbstständige Gegenstände des Buch- und Kunsthandels sind."

Den leitenden Grundsatz spricht auch das Züricher privatrechtliche Gesetzbuch §. 1603 aus, indem hier bestimmt ist, daß der Autor zum Schaden des Verlegers nicht weiter über das Werk verfügen dürfe, und ebenso ist in dem sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche §. 1140 ausgesprochen, daß der Urheber des Werkes sich aller Verfügungen über dasselbe zu enthalten habe, welche zum Nachtheile des Verlegers gereichen. Auch in der Theorie ist man hierüber einig [58] und in der Dresdener Kommission wurde dießfalls bemerkt, das Prinzip sei, daß der Autor das dem Verleger durch den Verlagsvertrag eingeräumte Recht der ausschließlichen Veröffentlichung und Vervielfältigung eines Werkes

[58] O. Wächter, das Verlagsrecht S. 280, 281; Lobethan, Grundsätze des Handlungsrechtes, Leipzig 1795, S. 100—105; Bluntschli, deutsches Privatrecht, 3. Aufl., §. 156, Ziff. 2, Abs. 3, S. 477; Beseler, deutsches Privatrecht 2. Aufl., §. 230, Ziff. III, S. 946; Maurenbrecher, deutsches Privatrecht, §. 416; Endemann, das deutsche Handelsrecht, S. 815.

Digitized by Google

in dem vereinbarten Umfang durch keinerlei Störung beeinträchtigen, daß er dem Verleger also weder mittelbar noch unmittelbar, eine dessen Rechte beeinträchtigende Konkurrenz in dem Absatze des Werkes bereiten und zu seinem Nachtheil über das nämliche Werk nicht anderweitig verfügen dürfe. [59] Handelt der Autor dieser Verpflichtung zuwider, so ist er dem Verleger, wo nichts Besonderes dießfalls bestimmt ist, nach den bestehenden allgemeinen Grundsätzen zu vollem Schadenersatze verbunden. [60] Der Autor darf daher insbesondere keine neue Auflage des nämlichen Werkes weder selbst, noch durch Ueberlassung des Verlagsrechtes an einen Anderen veranstalten, so lange die Auflagen des Werkes, zu deren Veranstaltung der Verleger durch den Verlagsvertrag berechtigt ist, nicht vergriffen sind und dem Verleger durch Veranstaltung einer anderen Auflage ein Schaden erwachsen kann. [61] Auch dieß ist in der Theorie, wie in der Gesetzgebung anerkannt. [62] Ueber die Stärke einer Auflage und über die Zahl der Auflagen,

---

[59] Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines gemeinsamen deutschen Obligationsrechtes, S. 2389, 2390, 2393, 4429, 4431.

[60] Vergl. Wächter, Verlagsrecht S. 283 ff.

[61] Wächter, Verlagsrecht S. 280, Note 9, S. 282 ff.; Bluntschli, deutsches Privatrecht (3. Aufl.) S. 477; Endemann, das deutsche Handelsrecht, S. 815. Preußisches Landrecht Thl. I, Tit. 11, §. 1018, 1019; österreichisches bürgerl. Gesetzbuch §. 1164, 1168 vergl. mit Stubenrauch, Komm. Bd. III, S. 362, 364, 365; sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 1140; Züricherisches privatrechtliches Gesetzbuch §. 1603; baierischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs Thl. II, Art. 838.

[62] Ist die noch unvergriffene Auflage unverkäuflich geworden, weil z. B. das auf eine ältere Gesetzgebung gebaute Werk durch eine neuere Gesetzgebung antiquirt worden ist, so ist der Autor an der Veranstaltung einer neuen, auf die neue Gesetzgebung basirten, Auflage nicht gehindert, da dem Verleger hiedurch, in Folge der Unverkäuflichkeit der noch vorhandenen Exemplare der früheren Auflage, ein Schaden nicht erwachsen kann. Vergl. Wächter, Verlagsrecht S. 289 f.

Digitized by Google

wozu der Verleger berechtigt ist, entscheidet der Verlagsvertrag. Im Zweifel berechtigt derselbe den Verleger nur zu Einer Auflage; ist über deren Stärke nichts vereinbart, so bleibt die Bestimmung derselben dem Verleger überlassen, sofern nicht durch die Landesgesetze, wie z. B. in Sachsen, eine Zahl von Exemplaren bestimmt ist, welche von dem Verleger nicht überschritten werden darf.[63] Als vergriffen ist aber eine Auflage zu betrachten, wenn sämmtliche Exemplare, zu deren Herstellung und Absetzung der Verleger durch den Verlagsvertrag berechtigt ist, an das Publikum abgesetzt sind, so daß kein vollständiges Exemplar weder bei dem Verleger, noch bei den Kommissionären des Verlegers mehr zu erhalten ist.[64] Ob einzelne Exemplare des Werkes bei einzelnen Sortimentsbuchhändlern, welche dieselben auf feste Rechnung bezogen haben, noch unverkauft geblieben sind, kommt nicht in Betracht, da auch in letzterem Falle der Verleger die fraglichen Exemplare abgesetzt und die ihm durch den Vertrag eingeräumte Nutzung gezogen hat.[65] Die Verpflichtung des Autors, bis zum Vergriffensein der dem Verleger gestatteten Auflagen des fraglichen Werkes keine anderweitige Auflage desselben zu veranstalten, hindert aber den Autor nur an der Ausgabe des nämlichen Werkes, eine völlige Umarbeitung zu einem ganz anderen Werke ist zulässig. Ob ein Werk in Folge der Umarbeitung noch dasselbe, und daher dem in Verlag gegebenen Werke

[63] Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 666; Protokolle der Dresdener Kommission S. 2402, 2403, 4435, 4436; Gerber, deutsches Privatrecht, 8. Aufl., §. 200, S. 520, Note 4; Wächter, Verlagsrecht S. 259 ff.; Bluntschli, deutsches Privatrecht, 3. Aufl., S. 477; preuß. Landrecht, Thl. I, Tit. 11, §. 1013—1017; österreichisches bürgerl. Gesetzbuch §. 1164, 1167; sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 1142; Züricher privatrechtliches Gesetzbuch §. 1603; baierischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches Thl. II, Art. 833, 834.

[64] Wächter, Verlagsrecht S. 287, 288; Gerber, deutsches Privatrecht 8. Aufl. S. 519, 520.

[65] Protokolle der Dresdener Kommission S. 2390. 2391.

Digitized by Google

unerlaubte Konkurrenz zu machen geeignet, oder ob es als ein neues, ganz anderes Werk zu betrachten ist, muß nach den Umständen des einzelnen Falles beurtheilt werden. Dagegen darf der Autor dasselbe Werk nicht nur nicht im Ganzen, sondern auch nicht einzelne Theile desselben anderweitig verlegen; auch ist demselben nicht gestattet, ein Werk, das er in Verlag gegeben, vor dem Vergriffensein der dem Verleger gestatteten Auflagen in eine von dem Autor anderweitig veranstaltete Gesammtausgabe seiner Werke oder in ein Sammelwerk, in welchem die Werke verschiedener Verfasser vereinigt werden, [66] aufzunehmen. [67] Dieß entspricht der oben mitgetheilten Entscheidung des hiesigen Obertribunals. Von einer anderen Ansicht ging der württembergische Gesetzesentwurf von 1838, betreffend das Verbot des Nachdrucks u. s. w. (vergl. Verh. d. K. d. Abg. von 1839, Bd. XIV, Beil.-Heft IV, S. 238—248), aus, indem derselbe in dem Art. 15 bestimmte, daß, wenn nicht eine ausdrücklich eingegangene gegentheilige Verbindlichkeit bestehe, der Verfasser nicht gehindert sei, einzelne seiner Werke, auf welche einem Dritten das Verlagsrecht übertragen sei, in einer Sammlung seiner Werke abdrucken zu lassen, nur dürfen in diesem Falle nicht die einzelnen Schriften abgesondert, sondern nur die ganze Sammlung in ungetrennter Folge, oder solche Abschnitte derselben, welche mehrere Schriften umfassen, verkauft werden. Dieß läßt sich jedoch nicht rechtfertigen, da durch die Aufnahme der einzeln verlegten Werke in eine Gesammtausgabe dem Einzelverleger nothwendig eine, seine Rechte mehr oder weniger beeinträchtigende, Konkurrenz geschaffen wird,

[66] Wächter, Verlagsrecht S. 304 f.

[67] Wächter, Verlagsrecht S. 300 f.; Mandry, Urheberrecht S. 113; Beseler, deutsches Privatrecht, 2. Auflage, S. 946; Bluntschli, deutsches Privatrecht, 3. Aufl., S. 477; sächsisches bürgerl. Gesetzbuch, §. 1140; Zürcherisches privatrechtl. Gesetzbuch, §. 1603; baierischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs, Thl. II, Art. 839; Protokolle der Dresdener Kommission S. 2389, 2390.

Digitized by Google

hiedurch aber das maßgebende Prinzip verletzt würde, welches dem Autor jede Störung der dem Verleger durch den Verlagsvertrag eingeräumten Rechte verbietet.

Eine andere Frage ist es, inwiefern der Autor berechtigt ist, Beiträge, welche er in ein Sammelwerk geliefert hat, anderweit selbstständig oder in einer Gesammtausgabe seiner Werke zu veröffentlichen.[68] Entscheidend hiefür ist zunächst der Wille der Kontrahenten, also der Inhalt des Verlagsvertrags, nach welchem sich bestimmen muß, welche Rechte an den Beiträgen dem Verleger von dem Autor eingeräumt werden wollten. Ist aber in dem Verlagsvertrage hierüber nichts Besonderes bestimmt, so wird man annehmen müssen, daß dem Verleger, indem ihm die Beiträge zu dem bestimmten Zwecke der Aufnahme in ein Sammelwerk überlassen wurden, an den Beiträgen nicht mehr Rechte eingeräumt werden wollten, als der Schutz der Interessen des Sammelwerkes erfordert, und dem Autor somit das Verfügungsrecht über die Beiträge insoweit verbleibe, als hiedurch der Vertrieb des Sammelwerkes durch den Verleger nicht beeinträchtigt wird. Demgemäß wurde schon in dem Kommissionsberichte in der deutschen Bundesversammlung von 1819 bemerkt, daß bei Schriften, die durch Beiträge Mehrerer entstanden seien, der Verleger ein ausschließendes Verlagsrecht nur an diesen Schriften selbst haben könne, während die einzelnen Beiträge den Verfassern gehören, wobei jedoch freilich das Verhältniß aus dem Verlagsvertrage zwischen Autor und Verleger und das Ausschließungsrecht gegen Dritte nicht unterschieden wurden. Ebenso bestimmte der Art. 15 des schon oben erwähnten württembergischen Gesetzesentwurfes von 1838, betr. das Verbot des Nachdruckes ꝛc., daß dem Autor gestattet sei, Arbeiten, welche er zu einem aus Beiträgen mehrerer Verfasser zusammengesetzten Werke geliefert habe, in eigener Sammlung oder in Verbindung mit anderen eigenen Ar-

[68] Vergl. Wächter, Verlagsrecht S. 304 ff.

Digitized by Google

beiten herauszugeben, welche Bestimmung sich wohl nur als eine Auslegungsregel für den Verlagsvertrag auffassen läßt. Prinzipiell auf demselben Boden steht der in der Frankfurter Bundestagssitzung vom 23. Januar 1862 von der K. sächsischen Regierung übergebene Entwurf eines Gesetzes für Deutschland zum Schutze des Urheberrechtes an Werken der Literatur und Kunst gegen Nachdruck u. s. w., indem dieser in §. 10 bestimmt: „Einzelne Aufsätze, Abhandlungen und andere literarische Erzeugnisse, welche in periodischen Werken, als: Zeitschriften, anderen öffentlichen Blättern, Taschenbüchern oder Kalendern, bereits erschienen sind, darf der Urheber oder dessen Rechtsnachfolger auch ohne Einwilligung des Verlegers des Werkes, worin dieselben zuerst aufgenommen worden sind, schon nach fünf Jahren vom Ablaufe des Jahres des ersten Erscheinens sowohl einzeln, als in Sammlungen der Werke des Autors anderweitig abdrucken." In ähnlicher Weise bestimmte der in der Bundestagssitzung vom 8. März 1862 von der k. k. österreichischen Regierung übergebene Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der Autorrechte u. s. w. im §. 9: „Einzelne Aufsätze, Abhandlungen und andere literarische Erzeugnisse, welche zuerst in Zeitschriften, Kalendern, Almanachen, Taschenbüchern, in lexikalischen oder in andern periodischen und Sammelwerken erschienen sind, darf der Verfasser oder dessen Rechtsnachfolger, insofern kein besonderer Vertrag entgegensteht, auch ohne Einwilligung des Verlegers jenes Werkes, in welchem sie zuerst aufgenommen worden sind, schon nach fünf Jahren nach ihrem Erscheinen sowohl einzeln, als auch in Sammlungen der Werke des Autors anderweitig abdrucken." Auch diese Bestimmungen stellen sich wieder lediglich als Regeln für die Auslegung des Verlagsvertrages dar. Der im Jahr 1864 auf Grund Bundesbeschlusses von einer in Frankfurt zusammengetretenen Kommission ausgearbeitete Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der Urheberrechte an literarischen Erzeugnissen

Digitized by Google

und Werken der Kunst [69] bestimmt aber im Art. 9: „Bei einem Werke, das durch Beiträge mehrerer Mitarbeiter gebildet wird, steht, wenn dasselbe in sich ein Ganzes ausmacht, wie z. B. ein Konversationslexikon u. s. w., demjenigen, welcher die einzelnen Beiträge zu einem Ganzen verbunden hat, das Urheberrecht am Ganzen zu. Das Urheberrecht hinsichtlich der einzelnen Beiträge, mögen dieselben zu einem Ganzen verbunden oder nur äußerlich an einander gereiht sein, verbleibt den Urhebern derselben. Durch Ueberlassung einzelner Aufsätze, Gedichte ꝛc. zum Abdruck in Zeitschriften, Almanachen, lexikalischen oder anderen Sammelwerken begibt sich deren Urheber zu Gunsten des Verlegers des Sammelwerkes, vorbehältlich besonderer Uebereinkunft mit demselben, nur der Befugniß, sein Erzeugniß innerhalb zweier Jahre in einem anderen derartigen Werke abdrucken zu lassen.“ [70] Die beiden ersten Absätze gehören nicht hieher, sie beschäftigen sich mit der Frage, wer bei Sammelwerken als Urheber, Autor, zu betrachten sei, und entscheiden nichts über den Inhalt des Verlagsvertrages. [71] Dagegen gehört der dritte Satz wieder

[69] Der Entwurf ist abgedruckt in der kritischen Vierteljahrsschrift von Pözl Bd. VII, S. 314 ff. und in Schletters Jahrb. Bd. X, S. 248 ff.; über die Geschichte des Entwurfes vergl. Mandry in der kritischen Vierteljahrsschrift a. a. O., S. 1 ff. und in dessen „Urheberrecht an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst, S. 17 ff.

[70] Vergl. Protokolle der Frankfurter Bundeskommission zur Ausarbeitung eines gemeinsamen deutschen Gesetzes zum Schutze des Urheberrechtes an Werken der Literatur und Kunst gegen Nachdruck, S. 36—38, 140—142, 224, 225; Mandry, in der kritischen Vierteljahrsschr. a. a. O., S. 260—263.

[71] Der Abs. 1 des Art. 9 des Frankfurter Entwurfes bestimmt, in welchen Fällen bei Sammelwerken Derjenige, welcher die einzelnen Beiträge zu einem Ganzen verbunden hat, als Urheber, Autor, des Ganzen als solchen zu betrachten sei; der Absatz 2 aber spricht aus, daß bezüglich der einzelnen Beiträge, diese für sich betrachtet, als Autor stets Derjenige erscheine, welcher die Beiträge erzeugt habe. Damit ist aber über das Verhältniß zwi-

Digitized by Google

der Lehre vom Verlagsvertrage an, indem derselbe bestimmt, welche Rechte im Zweifel als von dem Autor des Beitrags zu einem Sammelwerke auf den Verleger des letzteren übertragen gelten sollen. Hat auch der Frankfurter Entwurf in Folge der inzwischen eingetretenen politischen Verhältnisse keine Aussicht, jemals deutsches Gesetz zu werden, so sind die in dem Entwurfe ausgesprochenen Rechtssätze doch ein wichtiges Zeugniß für die herrschende Rechtsanschauung und zudem hat der Entwurf insoferne auch eine praktische Bedeutung erhalten, als er die Grundlage eines k. baierischen Partikulargesetzes zum Schutze der Urheberrechte an literarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst vom 28. Juni 1865 geworden ist, dessen Art. 10 mit dem Art. 9 des gedachten Entwurfes beinahe wörtlich gleichlautet. [72] Der Dresdener Entwurf a. a. O. unterscheidet, ob die Beiträge in derselben Form, in welcher sie einen Bestandtheil des Sammelwerkes bilden, zugleich selbstständige Gegenstände des Kunst- oder Buchhandels bilden, oder ob sie mit den übrigen Bestandtheilen des Sammelwerkes in einer Weise verbunden sind, daß sie wegen dieser Verbindung nicht für sich einen besonderen Gegenstand des Verkehres bilden können, und schließt nur in dem ersteren Falle das Recht des Autors aus, die Beiträge auch selbstständig oder in einer Gesammtausgabe seiner Werke zu veröffentlichen, während im andern Falle der Entwurf dieses Recht ihm zugesteht, vorausgesetzt, daß der Verlagsvertrag dießfalls nicht etwas Anderes bestimmt. In ähnlicher Weise hatte der Art. 841 des baierischen Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuches unterschieden [73]

---

schen Autor und Verleger nichts entschieden; hiefür ist der Verlagsvertrag und, wo er nichts bestimmt, die Auslegungsregel des Absatzes 3 maßgebend. Es ist dieß von demjenigen Mitgliede der Dresdener Kommission, welches seine Argumentationen dem Art. 9 des Frankfurter Entwurfes entlehnte, verkannt worden. Vergl. Protokolle der Dresdener Kommission S. 2394, 4429, 4433, 4434.

[72] Mandry, Urheberrecht S. 160—168.

[73] Vergl. die Motive zu dem baierischen Entwurfe S. 254.

Digitized by Google

und man wird die Unterscheidung auch als innerlich gerechtfertigt anzuerkennen haben, wenn man nur die Bedeutung der Unterscheidung sich klar macht. Die erste Kategorie von Sammelwerken hat zur Voraussetzung, daß die von den einzelnen Autoren gelieferten Beiträge in derselben äußeren Form, in welcher sie einen Bestandtheil des Sammelwerkes bilden, zugleich auch für sich als selbstständige Werke Gegenstände buchhändlerischen Vertriebes sind, daß also der Zweck des besonderen Vertriebes der einzelnen Bestandtheile des Sammelwerkes mit dem Zwecke des Vertriebes des ganzen Sammelwerkes von vornherein verbunden ist. Bei Sammelwerken dieser Art, bei welchen die durch einzelne Beiträge gebildeten Bestandtheile des Sammelwerkes in keiner weiteren äußeren Verbindung stehen, als daß sie unter einem Gesammttitel herausgegeben werden, haben die einzelnen Beiträge für den Verleger ihren Werth nicht blos als Theile des Sammelwerkes, sondern auch als für sich bestehende Werke, da sie ja in derselben Form, wie sie Bestandtheile des Sammelwerkes sind, zugleich auch für sich buchhändlerisch vertrieben werden und vertrieben zu werden bestimmt sind, und es versteht sich daher von selbst, daß für solche Beiträge ganz dasselbe gelten muß, wie für solche Werke, welche einzeln, als für sich bestehende Werke, in Verlag gegeben werden. [74] Anders verhält es sich mit den Sammelwerken der zweiten Kategorie, bei welchen die einzelnen Beiträge in der äußeren Form, wie sie unter sich zu einem Ganzen verbunden sind, nur als integrirende Bestandtheile des ganzen Sammelwerkes in Betracht kommen und in dieser äußeren Form für sich allein gar nicht Gegenstand des buchhändlerischen Vertriebes sein können. In Fällen dieser Art ist der Autor, wenn im Verlagsvertrage nicht ein Anderes bestimmt ist, ungehindert, den Beitrag auch selbstständig oder in einer Gesammtausgabe seiner

[74] Wächter, Verlagsrecht S. 306, 307; Protokolle der Dresdener Kommission S. 2394, 2395, 2396.

Digitized by Google

Werke herauszugeben. [75] Das Züricher privatrechtliche Gesetzbuch, §. 1604 beschränkt dieses Recht des Autors auf Zeitungsartikel und einzelne kleinere Aufsätze in Zeitschriften und es war diese Ansicht auch in der Dresdener Kommission nicht ohne Vertreter, indem bemerkt wurde, daß man, wenn dem Autor gestattet werde, die zu einem Sammelwerke gelieferten einzelnen Beiträge auch selbstständig oder in einer Gesammtausgabe seiner Werke zu veröffentlichen, hiebei vorzugsweise davon ausgehe, daß ein Sammelwerk nur einen zeitlichen Werth habe und daß deren Verleger durch die anderweite Veröffentlichung der Beiträge nicht benachtheiligt werde. Dieser Grund lasse sich aber nur bezüglich politischer Aufsätze und überhaupt solcher Beiträge, welche sich mit den Tagesereignissen beschäftigen, nicht aber auch für wissenschaftliche Sammelwerke geltend machen, da letztere nicht von dem Tagesinteresse abhängig seien und unter Umständen ein einzelner wissenschaftlicher Beitrag von Bedeutung dem ganzen Sammelwerke einen bleibenden Werth sichere. Für Fälle dieser Art werde daher der Verleger des Sammelwerkes durch die dem Autor gestattete anderweitige Herausgabe erheblich benachtheiligt. Zwar sei nicht zu verkennen, daß es außer den politischen Tageserzeugnissen der Presse eine Kategorie von Sammelwerken, nämlich die sog. lexikalischen gebe, aus denen einzelne Beiträge selbstständig oder in einer Gesammtausgabe der Werke des betreffenden Autors in der Regel ohne Gefahr für den Verleger veröffentlicht werden können. Allein bei anderen Sammelwerken könne eine anderweitige Veröffentlichung von Bestandtheilen derselben das ganze Sammelwerk werthlos machen. Das allgemeine Prinzip, daß der Autor nichts unternehmen dürfe, wodurch der Verleger in seinem Verlagsrechte benachtheiligt werde, müsse daher auch hier maßgebend sein, und es sei lediglich

[75] Wächter, Verlagsrecht S. 307 f.; Harum, österreichische Preßgesetzgebung S. 119; Mandry, Urheberrecht S. 165 f.

Digitized by Google

quaestio facti, ob dieses Prinzip in dem einzelnen Falle Anwendung finde. Gestatte man dem Autor für einen einzelnen Fall, welcher nach seiner Beschaffenheit unter das Prinzip bald fallen könne, bald nicht fallen könne, ohne Rücksicht hierauf allgemein die anderweitige Herausgabe, so durchlöchere man das Prinzip ohne hinreichenden Grund und greife der richtigen Beurtheilung des einzelnen Falles vor. [76] Diesem entgegen wurde jedoch Seitens der Majorität der Dresdener Kommission geltend gemacht: Wenn ein Autor zu einem Sammelwerke irgend einer Art (Encyklopädie, Almanach, Zeitschrift) einen Beitrag liefere, so sei die Intention sowohl des Autors, als auch insbesondere des Verlegers erfüllt, wenn der Beitrag in dem Sammelwerke erschienen sei und hiedurch einen Werthsfaktor des Sammelwerkes als solchen abgegeben habe. Ein solcher Beitrag habe aber, wenn der nächste Zweck seiner Entstehung durch das Erscheinen in dem Sammelwerke einmal erfüllt sei, als ein selbstständiges literarisches oder artistisches Erzeugniß auch einen besonderen Werth, den auszunützen dem Autor unbenommen sein müsse. Man dürfe die Beiträge zu einem Sammelwerke in der hier fraglichen Beziehung mit den Monographieen nicht auf gleiche Linie stellen. Für den Werth eines Sammelwerkes habe man davon auszugehen, daß das Interesse des Publikums an einem solchen vorzugsweise in der Mannigfaltigkeit des Inhalts bestehe. Sammelwerke haben daher auch einen andern Leserkreis, als Monographieen, und es werde kaum vorkommen, daß Jemand um eines einzelnen Beitrags willen, der darin enthalten sei, ein ganzes Sammelwerk kaufe. Während also dem Verleger eines Sammelwerkes durch die dem Autor eines einzelnen Beitrags eingeräumte anderweitige Herausgabe in Wirklichkeit keine Konkurrenz gemacht und derselbe daher auch dadurch nicht benachtheiligt

[76] Protokolle der Dresdener Kommission S. 2392, 2393, 4430, 4431, 4432.

Digitized by Google

werde, würde man dem Autor, wenn man der gegentheiligen Auffassung folge, eine Beschränkung auferlegen, welche mit dem Zwecke, zu welchem solche Beiträge geliefert werden, in keinem Verhältniß stehe. [77] — In dem Art. 9 des Frankfurter Entwurfes und ebenso in dem Art. 841 des baierischen Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches wird zwar der Autor in der anderweitigen Herausgabe seiner Beiträge zu einem Sammelwerke insoferne beschränkt, als demselben nicht gestattet wird, dieselben Beiträge in ein anderes gleichartiges Sammelwerk, bevor dieses vergriffen oder eine gewisse Zeit seit dessen Erscheinen verstrichen ist, abdrucken zu lassen, da hiedurch dem Verleger des ersteren Sammelwerkes Konkurrenz gemacht, und daher derselbe in seinem vertragsmäßigen Rechte beeinträchtigt werden würde. [78] Man wird dieß aber wohl kaum so allgemein behaupten können, vielmehr wird es hiebei auf die Verhältnisse des einzelnen Falles ankommen, weßhalb auch in dem Dresdener Entwurf eine dießfällige Bestimmung nicht aufgenommen worden ist.

Noch ist hier die Frage zu erwähnen, ob der Autor vom Standpunkte des Verlagsvertrages aus eine Uebersetzung seines in Verlag gegebenen Werkes ohne Einwilligung des Verlegers veranstalten und herausgeben dürfe, ehe die dem Verleger gestatteten Auflagen des Originalwerkes vergriffen sind, eine Frage, welche der baierische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches Art. 842, Abs. 2 mit Recht dahin beantwortet, daß der Autor in der Herausgabe einer Uebersetzung durch den Verlagsvertrag nur insoweit beschränkt sei, als hiedurch der Vertrieb des Originalwerkes beeinträchtigt würde. Denn durch den Verlagsvertrag wird nicht auch das Uebersetzungsrecht auf den Verleger übertragen, da dem Verleger durch den Verlags-

[77] Protokolle der Dresdener Kommission S. 2393, 2394, 2395, 2396, 4429, 4430, 4432, 4433.

[78] Wächter, Verlagsrecht S. 310 ff.; Protokolle der Dresdener Kommission S. 2394, 2395, 2396, 4434, 4435.

Digitized by Google

vertrag die Vervielfältigung und der Vertrieb des Werkes nur in der dieser von dem Autor gegebenen Form und Gestalt gestattet wird. Aus dem Verlagsvertrage über das Original läßt sich daher eine Beschränkung des Autors in Veranstaltung und Herausgabe einer Uebersetzung nur in so weit ableiten, als der Autor dadurch gegen die ihm obliegende allgemeine Verbindlichkeit, die vertragsmäßigen Rechte des Verlegers nicht zu beeinträchtigen, verstoßen würde, und ob und in wie weit dieß zutrifft, ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu entscheiden.[79]

10) Versicherungsvertrag; Eintritt des Versicherers in die Rechte des Versicherten; Anwendbarkeit der dießfälligen Bestimmungen des allg. deutschen Handelsgesetzbuches.

Wenn ein gegen Feuersgefahr versichertes Gebäude durch die Schuld eines Dritten eingeäschert worden ist, so ist die württemb. Gebäudebrandversicherungsanstalt gesetzlich verbunden, den Eigenthümer sofort zu entschädigen. Ist sie dieser Verbindlichkeit nachgekommen, so ist sie befugt, ihren Regreß wiederum bei dem Brandstifter zu suchen, indem sie, ohne daß es einer freiwilligen Abtretung der Rechte des Versicherten gegen den Brandstifter bedarf, bis zum Betrage der gereichten Entschädigung in jene Rechte des Versicherten kraft Gesetzes eintritt und solche sofort gegen den Brandstifter geltend macht. Diese Auffassung hat in dem Gesetze vom 17. Dezember 1807 §. 18[80] einen speziellen Ausdruck gefunden; sie entspricht der unzweifelhaften Willensmeinung der bei der Versicherung und Entschädigung Betheiligten, und auch durch das neueste Brandversicherungsgesetz vom 14. März 1853 wollte nichts Gegentheiliges be-

---

[79] Protokolle der Dresdener Kommission S. 2391, 2392, 2398—2400; Wächter, Verlagsrecht S. 326 ff.; Gerber, deutsches Privatrecht, 8. Aufl. S. 519, Note 3.

[80] Regbl. v. 1808 S. 39.

Digitized by Google

stimmt werden.[81] Ebenso stimmt hiemit der Art. 808 des allg. deutschen Handelsgesetzbuches überein.

Entsch. des Obertribunals vom $\frac{13. \text{ März}}{3. \text{ April}}$ 1867 in der Appellationssache R. c. Gebäudebrandversicherungsanstalt.

Daß der Versicherer dem Versicherten den Schaden, welcher durch den Eintritt des Ereignisses herbeigeführt worden ist, gegen dessen Folgen die Versicherung genommen wurde, auch dann zu vergüten hat, wenn ein Dritter jenes Ereigniß durch seine Verschuldung herbeigeführt hat, folgt schon aus dem Begriffe und Wesen der Versicherung, da diese auf die Abwendung der vermögensrechtlichen Nachtheile, von welchen der Versicherte für den Fall des Eintrittes eines bestimmten zufälligen Ereignisses durch dieses bedroht wird, gerichtet ist und die Uebertragung der aus diesem Ereignisse drohenden Gefahr auf den Versicherer bezweckt, die Verschuldung eines Dritten im Verhältnisse zu dem Versicherten aber als ein Zufall erscheint.[82] In der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes wurde zwar die Frage aufgeworfen, ob der Versicherte, wenn der Schaden von einer von ihm nicht zu vertretenden dritten Person herbeigeführt worden sei, nicht zuerst an den Thäter gehen und diesen ausklagen müsse, bevor er den Versicherer in Anspruch nehme, da man argumentiren könnte, daß, wenn der Thäter zahlungsfähig sei, ein Verlust für den Versicherten nicht vorliege. Die Frage wurde jedoch allseitig verneint, da die Beschädigung durch Dritte im juristischen Sinne als eine zufällige zu betrachten sei, für welche der Versicherer dem Zwecke der Versicherung gemäß aufzukommen habe, und in demselben Sinne bestimmt auch der Art. 826 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, daß die Verpflichtung des Ver-

---

[81] Verh. der K. d. A. von 1851/52 I. Beilagenheft S. 119, 123, 399; Bd. IV, S. 2298 f.; Verh. der K. d. St. Bd. I, S. 488, 489.

[82] Vergl. meine Ausführung in der Zeitschr. für Versicherungsrecht von Malß Bd. II, S. 44 ff. und S. 68.

Digitized by Google

sicherers zum Ersatze eines Schadens auch dann, wenn dem Versicherten ein Anspruch auf Vergütung gegen andere Personen zustehe, eintrete und der Versicherte sich wegen Ersatz des Schadens zunächst an den Versicherer halten könne.[83] Hat jedoch der Versicherer den durch einen Dritten verschuldeten Schaden vergütet, so tritt er nach Art. 808 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, mit welchem der Art. 916 des Dresdener Entwurfes eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse übereinstimmt, für den Betrag der Schadensvergütung in alle Rechte ein, welche dem Versicherten gegen den Dritten rücksichtlich des Schadens zustehen, und der Versicherte ist für jede Handlung verantwortlich, durch welche die Rechte des Versicherers gegen den Dritten beeinträchtigt werden. Es hat diese Bestimmung ihre Begründung in sich selbst und findet sich in ähnlicher Weise in dem holländischen Handelsgesetzbuche Art. 284, dem preußischen Landrechte Thl. II, Tit. 8, §. 2215, 2277, dem württembergischen Entwurfe eines Handelsgesetzbuches Art. 472, dem preußischen Entwurfe eines Handelsgesetzbuches Art. 342 und dem bayerischen Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches Thl. II, Art. 821.[84] Daß die fragliche Bestimmung des deutschen Handelsgesetzbuches unmittelbar nur für die in diesem ausschließlich geregelte Seeversicherung gegeben ist, ist kein Hinderniß ihrer Anwendung auf die nicht maritime Versicherung. Denn wo die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches nicht auf Eigenthümlichkeiten des Seeversicherungswesens beruhen oder die eigenthümliche Natur der übrigen Versicherungsarten entgegensteht, müssen jene Bestimmungen auch auf diese analoge Anwendung finden, was auch von der Dresdener

---

[83] Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes S. 3305; Protokolle der Kommission zur Berathung eines allg. deutschen Handelsgesetzbuches S. 3212—3215.

[84] Vergl. auch Walter, deutsches Privatrecht §. 380.

Digitized by Google

Kommission anerkannt worden ist.[85] Die fragliche Bestimmung des Art. 803 des Handelsgesetzbuches beruht aber auf keinerlei besonderen Eigenthümlichkeiten des Seeversicherungsrechtes, sondern wendet nur einen Grundsatz auf letzteres an, der schon vorher im Versicherungsrechte allgemein anerkannt war.

11) Leibgedingswohnung; Aufnahme einer zweiten Ehefrau oder einer Haushälterin.

In einer Rechtssache war darüber Streit, ob der Kläger, welchem mit seiner Ehefrau bei dem Verkaufe seines Bauerngutes an die Beklagten, Tochter und Schwiegersohn der Verkäufer, eine lebenslängliche Leibgedingswohnung eingeräumt worden war, nach dem inzwischen eingetretenen Tode seiner Ehefrau berechtigt sei, in diese Leibgedingswohnung eine zweite Ehefrau oder eine Haushälterin aufzunehmen? Das Obertribunal hat diese Frage bejaht aus folgenden Gründen: Die Bestimmungen des römischen Rechtes über den usus aedium: l. 4, §. 1, l. 6 D. de usu et habit. (7, 8) „Mulieri si usus relictus sit, posse eam et cum marito habitare, Quintus Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo; nam per contrarium, quin uxor cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum. Quid ergo, si viduae legatus sit, an nuptiis contractis post constitutum usum, posse eam cum viro et postea nubentem habitare“, sprechen unbedingt für die Bejahung der Eingangs vorangestellten Streitfrage. Zwar handelt es sich in vorliegendem Falle nicht von dem usus aedium oder der habitatio des römischen Rechtes, sondern von dem unter dem vorbehaltenen Leibgedinge (Leibzucht, Auszug) begriffenen Wohnungsrechte der Verkäufer, mit welchem das von den Beklagten erkaufte Anwesen belastet worden, somit von einer Reallast

[85] Vergleiche meine Ausführung in der Zeitschr. für Versicherungsrecht von Malß Bd. I, S. 339—341; Malß in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. VI, S. 364, 365.

Digitized by Google

des deutschen Rechtes.[86] Allein, da auch sonst die Grundsätze des römischen Rechtes nach Theorie und Praxis auf das deutschrechtliche Institut der Reallasten z. B. in Absicht auf Verjährung, Interdikte u. s. w. analog angewendet werden, wie dieß auch von dem Obertribunal schon mehrfach geschehen ist,[87] so erscheint auch die analoge Anwendung der vorerwähnten Gesetzesstellen auf den vorliegenden Fall gerechtfertigt,[88] zumal das fragliche Wohnungsrecht hier nicht blos in einem Mitbewohnen derselben Gelasse mit dem Leibgedingspflichtigen, sondern (zugleich) in der Einräumung abgesonderter, zur ausschließlichen Benützung der Leibgedingsberechtigten und Führung einer selbstständigen Haushaltung dienlichen Gelasse besteht. Hievon jedoch auch abgesehen ist unbestritten, daß das Wohnungsrecht in Frage, welches einen Theil des von dem Kläger und seiner Ehefrau bei dem Gutsverkauf an die Beklagten sich vorbehaltenen Leibgedings bildet, wie dieser überhaupt, auch im Falle des Todes eines der Verkäufer dem Ueberlebenden in seinem ganzen Umfange ungeschmälert und unverändert zusteht. Dieses Wohnungsrecht haben sich die Verkäufer als Eheleute vorbehalten und es ist ihnen von den Beklagten in dieser Eigenschaft eingeräumt, auch seither bis zum Tode der klägerischen Ehefrau von den Verkäufern im verheiratheten Stande ausgeübt worden. Hat aber hiernach der Kläger ein erworbenes Recht darauf, von dem stipulirten Wohnungsrecht im verheiratheten Stande

---

[86] Beseler, deutsches Privatrecht, 2. Aufl., §. 188, Ziff. VI, S. 780; Walter, deutsches Privatrecht §. 529, Note 7; Gerber, deutsches Privatrecht 8. Aufl. §. 169, Note 4, §. 192, Note 7, §. 254 a. E.; Bluntschli, deutsches Privatrecht 3. Aufl., §. 123, Ziff. 4; Seuffert, Archiv Bd. I, Nro. 327; sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 515.

[87] Dieses Archiv Bd. IV, S. 417; Sarwey, Monatschrift Bd. XX, S. 67, 69.

[88] Pfeiffer, prakt. Ausführungen Bd. VIII, S. 321; vergl. jedoch die Bemerkung von Bluntschli a. a. O. zu Note 1, 2.

Digitized by Google

Gebrauch zu machen und wurde an dem Bestande des vertragsmäßigen Leibgedings selbst durch das Vorabsterben des einen der beiden Leibgedingnehmer für den Ueberlebenden im Wesentlichen nichts geändert, gilt vielmehr hier der Grundsatz zu Recht, daß im Zweifel der Umfang einer eingeräumten Befugniß nach denjenigen Verhältnissen, welche zur Zeit der Einräumung bestanden, bestimmt werden muß, — l. 38 pr. D. de solut. (46, 3) — so könnte auch dem Kläger nach dem Tode seiner Ehefrau die Ausübung seines Wohnungsrechtes im verheiratheten Stande von den beklagten Mitkontrahenten mit Grund nur dann verweigert werden, wenn sie dieß zur Vertragsbedingung gemacht, mithin das den Verkäufern im verheiratheten Stande eingeräumte Wohnungsrecht auf die Dauer dieser Ehe beschränkt, dem Kläger sonach zur speziellen Bedingung gemacht hätten, nach dem Tode der mitverkaufenden Ehefrau an dem ihm zustehenden Wohnungsrechte eine zweite Ehefrau nicht mehr Theil nehmen lassen zu dürfen. Hievon enthält jedoch der abgeschlossene Kauf- und Leibgedingsvertrag kein Wort. Nicht nur ist aber die erwähnte Beschränkung des Klägers in der Ausübung des ihm eingeräumten Wohnungsrechtes zur Vertragsbedingung nicht gemacht worden, sondern es läßt sich dieselbe auch nicht, wie beklagter Seits geltend gemacht wird, aus der Natur des den Verkäufern in dem Leibgedingsvertrage eingeräumten Wohnungsrechtes, als eines bloßen Kohabitationsrechtes, herleiten. Denn wie das stipulirte Leibgeding überhaupt nach seiner ganzen Beschaffenheit nicht auf ein gemeinschaftliches Zusammenleben der Käufer mit den Verkäufern, sondern auf die Führung einer selbstständigen, getrennten Oekonomie der letzteren von den ersteren berechnet war, so besteht auch das dem Kläger und seiner ersten Ehefrau vorbehaltene Wohnungsrecht nicht in einem bloßen Mitbenützungsrechte der Wohnung der Beklagten, vielmehr sind ihnen neben dem Aufenthaltsrechte in der Wohnstube der Beklagten noch weitere besondere Gelasse zu ihrer ausschließlichen Benützung eingeräumt

Digitized by Google

und von ihnen zum Betriebe der eigenen Haushaltung und des von dem Kläger betriebenen Gewerbes eingerichtet und seither benützt worden. Daß in dem Vertrage die Nebenstube „zur Schlafstätte" und die obere Kammer „zur Aufbewahrung der Effekten" überlassen wurde, ändert nichts, da hierin nur eine Bezeichnung der nächsten Zwecke lag, für welche die eingeräumten Lokale verwendbar seien und wodurch die hauptsächlichsten Bedürfnisse der Ausdinger gedeckt erschienen, eine Beschränkung derselben auf diese Benützungsweise aber im Vertrage nicht ausgedrückt ist und mit der ausschließlichen Ueberlassung der abgesonderten Gelasse nicht wohl vereinbar wäre. Wenn endlich auch die Theilnahme einer zweiten Ehefrau oder einer Haushälterin an dem Wohnungsrechte des Klägers, zumal einer vielleicht jüngeren und den Beklagten fremden Person, den Beklagten weniger angenehm und bequem sein mag, als dieß bei der ersten Ehefrau des Klägers, ihrer Mutter, beziehungsweise Schwiegermutter, der Fall war, so wird doch hiedurch . . . die auf dem Hause der Beklagten ruhende Wohnungslast in Wirklichkeit nicht vermehrt und die Freiheit des Eigenthums der Beklagten nicht weiter und nicht in größerem Maße beschränkt, als dieß schon zur Zeit der Schließung des Kauf- und Leibgedingvertrages geschehen ist; es trifft also für die Beklagten das manere in eadem causa der schon angeführten l. 38 pr. D. de solut. (46, 3) durchaus zu. Uebrigens hat der Kläger sein Recht, in der Wohnstube der Beklagten sich aufzuhalten, nur für eine künftige Ehefrau, nicht aber auch für eine etwaige Haushälterin in Anspruch genommen. Die Einwendung der Beklagten aber, daß bei Zulassung einer zweiten Ehefrau eine Vermehrung der Familie durch Kindererzeugung und damit eine sehr bedeutende Vergrößerung der Wohnungslast zu fürchten sei, schlägt darum nicht an, weil, abgesehen von der Ungewißheit dieses in der Zukunft liegenden Ereignisses, ein Wohnungsrecht für die Kinder nicht angesprochen worden ist. Hiezu kommt, daß in dem Mangel einer dießfallsigen ver-

Digitized by Google

tragsmäßigen Beschränkung des Klägers — in Verbindung damit, daß für den bei Schließung des Vertrages nahe gelegenen Fall des Vorabsterbens der viel älteren Ehefrau von den Beklagten eine Verpflichtung zur Kostreichung und Wart und Pflege des Klägers nicht übernommen wurde, während doch für den allein stehenden, durch den Betrieb seines Gewerbes als Weber vollauf in Anspruch genommenen Wittwer das dringendste Bedürfniß weiblicher Unterstützung in Führung seines Hauswesens und zu seiner eigenen Wart und Pflege vorhanden war, — ein sprechender Beweis dafür zu finden ist, daß die Kontrahenten die Zulassung einer zweiten Ehefrau oder Haushälterin in die Ausdingwohnung auszuschließen nicht die Absicht hatten.

Entsch. des Obertribunals vom 12. Februar 1867 in der Appellationssache M. c. H.

Diese Entscheidung dürfte insoferne nicht unbedenklich sein, als es sich in dem fraglichen Falle nicht um eine vollständig abgesonderte Leibgedingswohnung, sondern, neben der Einräumung der Nebenstube „zur Schlafstätte" und der oberen Kammer „zur Aufbewahrung der Effekten", um das Recht zur Mitbewohnung der Wohnstube der Gutsübernehmer handelte, ein solches Recht aber im Zweifel als nur für den zur Zeit der Vertragschließung mit dem Ausdinger verbundenen Ehegatten versprochen anzunehmen sein wird,[89] die Ausdehnung des Rechtes auf einen zweiten Ehegatten somit voraussetzen würde, daß der Vertrag, ausdrücklich oder stillschweigend, hierauf gerichtet worden.

Der Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse bestimmt im Art. 881: „Ist dem Leibgedingsberechtigten eine abgesonderte Wohnung als Leibgeding versprochen worden, so ist er befugt, seinen Ehegatten und die in seinem Unterhalte stehenden eigenen und zugebrachten Kinder, ohne Unterschied, ob die Ehe vor oder nach Schließung des Leibgedingvertrages geschlossen

[89] Walter a. a. O. §. 529, Note 10, 11; Bluntschli a. a. O.

Digitized by Google

worden ist und die Kinder vor oder nach dieser Zeit geboren sind, sowie das zu seiner Pflege und Hilfeleistung erforderliche Dienstpersonal in die Leibgedingswohnung zu sich aufzunehmen. Verheirathete Kinder, sowie solche, welche einen besonderen Haushalt begründet haben, oder welche ihren Unterhalt sich selbst zu verdienen im Stande sind, darf der Leibgedingsberechtigte in die Leibgedingswohnung nicht aufnehmen." Art. 883: „Ist dem Leibgedingsberechtigten das Recht zur Mitbewohnung der dem Leibgedingsverpflichteten zur Wohnung und Haushaltung dienenden Räume eingeräumt worden, so darf der Erstere nur den zur Zeit der Schließung des Leibgedingsvertrages mit ihm verbundenen Ehegatten und die Kinder mit aufnehmen, welche aus einer vor jener Zeit von ihm geschlossenen Ehe herrühren oder vor dieser Zeit von einem Ehegatten ihm zugebracht worden sind. Ist die berechtigte Person weiblichen Geschlechtes, so kann dieselbe auch ihre vor Schließung des Leibgedingvertrages geborenen außerehelichen Kinder aufnehmen. Es gilt jedoch hinsichtlich der Aufnahme von ehelichen, zugebrachten und außerehelichen Kindern die Beschränkung des Art. 881 Satz 2 auch hier. Dritte Personen darf der Leibgedingsberechtigte nur aufnehmen, soweit dieß zu seiner Pflege nöthig ist."

Bei der Berathung dieser Bestimmungen in der Dresdener Kommission war die Majorität darüber einig, daß zwar die römisch rechtlichen Grundsätze von dem usus und der habitatio auf das Wohnungsrecht des Leibgedingsberechtigten analoge Anwendung finden,[90] daß aber dabei stets auf die wesentlich abweichende deutschrechtliche Auffassung des Leibgedings Rücksicht zu nehmen sei, wonach das Interesse des Gutsübernehmers und das wirthschaftliche Interesse mehr in den Vordergrund trete,[91] und in Ueber-

[90] Zu vergl. sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 638, 639, 641; bayerischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs Th. III, Art. 273, 274.

[91] Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung

einstimmung hiemit bemerkt auch Bluntschli,[92] daß es ganz verkehrt sei, die Interpretationen der römischen Juristen über den Sinn der habitatio oder des usus wie Gesetze auch für das Wohn- und Gebrauchsrecht des Leibgedingsberechtigten aufzufassen. Noch verkehrter ist es, wenn, wie von dem Oberappellationsgericht zu Dresden geschehen,[93] das Verhältniß zwischen dem Gutsübernehmer und dem Ausdinger analog einem Miethvertrage aufgefaßt wird.

Bezüglich der einzelnen Bestimmungen des Dresdener Entwurfes ist zu bemerken, daß derselbe unter einer abgesonderten Leibgedingswohnung eine von derjenigen des Leibgedingsverpflichteten abgesonderte Wohnung, sei es in einem besonderen Hause, sei es in besondern von dem Verpflichteten nicht mitbewohnten Räumlichkeiten, versteht, wo also dem Leibgedinger oder Auszügler der ausschließliche Gebrauch entweder eines ganzen Hauses oder doch eines von der Wohnung und Haushaltung des Leibgedingsverpflichteten abgesonderten Theile eines Hauses, z. B. eines ganzen Stockwerkes, eines besonderen Anbaues, eines Hintergebäudes eingeräumt ist, im Gegensatze zu denjenigen Fällen, wo es sich nur oder doch zugleich um das Recht der Mitbewohnung der von dem Verpflichteten selbst bewohnten und benutzten Räume von Seiten des Leibgedingers handelt.[94] In den Fällen der letzteren Art, wurde angenommen, lasse sich im Hinblick auf die dießfalls bestehende Rechtssitte und Gewohnheit im Zweifel als Absicht der Vertragschließenden nur unterstellen, daß die Befugniß des Berechtigten sich auf die Aufnahme der zur Zeit der Schließung des Ver-

---

eines gemeinsamen deutschen Obligationenrechtes S. 4532, 4533; dagegen S. 4534; über die Stellung der ganzen Lehre im Allgemeinen vergl. S. 3114—3119, 3152—3154.

[92] Deutsches Privatrecht a. a. O.

[93] Seuffert, Archiv Bd. I, Nro. 326.

[94] Protokolle der Dresdener Kommission S. 3158, 3159, 3344, 3530, 3531.

Digitized by Google

trages bereits vorhandenen Familienglieder und die in einer damals bereits bestandenen Ehe erzeugt werdenden Kinder erstrecken solle, und somit der sich später verheirathende oder wieder verheirathende Leibgedinger seine Frau und die aus dieser späteren Ehe erzeugten Kinder nicht zu sich aufnehmen dürfe. Es gründe sich dieß auf die Erwägung, daß, wo es sich um ein Recht der Mitbewohnung handle, durch die größere Zahl der Familienglieder des Berechtigten, sowie durch die Aufnahme von, dem Verpflichteten fremden, Personen schon an und für sich, noch mehr aber durch die unter den betreffenden Familienmitgliedern erfahrungsgemäß häufig eintretenden Mißhelligkeiten die von dem Gutsübernehmer übernommene Last wesentlich vergrößert würde, eine solche Erhöhung der Last aber dem Leibgedingsberechtigten nicht zustehe, wenn nicht aus den Umständen erhelle, daß der Gutsübernehmer auch die höhere Last habe übernehmen wollen.[95] Anders verhält es sich für den Fall der Einräumung einer abgesonderten Leibgedingswohnung, indem hier in Folge der festen räumlichen Abgrenzung die größere oder geringere Zahl der Familienglieder des Leibgedingers und die Veränderung der Persönlichkeiten weniger in Betracht kommt, insbesondere auch die Gefahr der Entstehung von Mißhelligkeiten zwischen den Angehörigen des Leibgedingsberechtigten und jenen des Leibgedingsverpflichteten ferner liegt, und daher nicht schon jede dießfällige Vermehrung oder Veränderung als eine Erhöhung der Last des Gutsübernehmers sich betrachten läßt. Es bestand demzufolge auch in der Dresdener Kommission kein Zweifel darüber, daß der Leibgedingsnehmer auch im Falle seiner nach Schließung des Leibgedingsvertrages erfolgten Verheirathung oder Wiederverheirathung seine Ehefrau in die abgesonderte Leibgedingswohnung aufzunehmen berechtigt sei und es wurde nur dagegen Bedenken erhoben, daß dieses Recht jedem Leibgedingsberechtigten, er sei Mann oder Frau,

[95] Ebendaselbst S. 3159, 3343, 3344.

Digitized by Google

eingeräumt werden wolle, indem geltend gemacht wurde, daß die Leibzüchterin, wenn sie heirathe, dem Manne zu folgen und dieser nicht das Recht habe, sich seinen Haushalt auf fremdem Gute zu schaffen. Die Majorität glaubte jedoch, ob mit Grund möchte zu bezweifeln sein, diesem Bedenken keine Rechnung tragen zu sollen, da man bei Einräumung einer abgesonderten Wohnung im Zweifel die Absicht einer weitergehenden Beschränkung des Berechtigten, als solche der Art. 881 ausspreche, nicht unterstellen könne.[96] — Dagegen wurde bezüglich der Aufnahme der Kinder des Leibgedingsberechtigten die in dem Art. 881 ausgedrückte Beschränkung auf Kinder, welche weder verheirathet sind, noch einen besonderen Haushalt begründet haben, noch ihren Unterhalt selbst zu verdienen im Stande sind, als in den Verhältnissen begründet erachtet[97] und hiefür geltend gemacht, daß dem Vater oder der Mutter, welche eine abgesonderte Leibgedingswohnung haben, die Aufnahme ihrer unerzogenen Kinder, welchen sie Unterhalt, Pflege und Erziehung schulden, im Zweifel zwar unbeschränkt gestattet sein müsse, daß es aber über Sitte und Gewohnheit hinausgehen würde, diese Befugniß auch auf verheirathete, selbstständige und solche Kinder, die ihren Unterhalt sich selbst zu erwerben im Stande seien, auszudehnen. Es liege im Wesen des Leibgedingsvertrages, daß derselbe im Zweifel nur zum Vortheil des Berechtigten und seiner hinsichtlich des Unterhalts auf ihn angewiesenen Familie gereichen solle. Falle diese letztere Voraussetzung weg, seien die Kinder den Jahren und den sonstigen Voraussetzungen nach fähig, sich selbst ihren Unterhalt zu erwerben, so falle deren Beherbergung außerhalb des Bereiches des Leibgedings. In bäuerlichen Gutsverhältnissen, wo das Leibgeding vorzugsweise seinen Sitz habe, sei es auch für den Gutsübernehmer, ungeachtet der Beschränkung des Leibgedingsberechtigten auf

[96] Ebendaselbst S. 3159, 3344, 3361.

[97] Vergl. auch Seuffert, Archiv Bd. I, Nro. 250, Bd. XIII, Nro. 50.

Digitized by Google

gewisse abgesonderte Räume, von wesentlichem Interesse, daß erwerbsfähige Angehörige des Leibgedingers nicht müßig auf dem Gute sich aufhalten und dadurch auf das Gesinde des Gutsbesitzers einen nachtheiligen Einfluß üben können.[98] Eine zu seiner Pflege nothwendige Person darf der Leibgedingsberechtigte, wenn und soweit der Raum es verstattet, auch dann aufnehmen, wenn er keine abgesonderte Leibgedingswohnung hat. Ist letzteres der Fall, so kann er auch das bedürfende Dienstpersonal in seine Leibgedingswohnung aufnehmen.[99] Ob der Leibgedingsnehmer auch Gäste bei sich aufnehmen dürfe, kam bei Berathung des Dresdener Entwurfes zur Sprache und es wurde geltend gemacht, daß in den Fällen der Einräumung einer abgesonderten Wohnung eine solche Befugniß zuzugestehen sei, weil der Verpflichtete in diesen Fällen dadurch nicht belästigt werde. Die Kommission unterließ es jedoch, eine dem entsprechende Bestimmung in den Entwurf aufzunehmen.[100]

12) Gemeinschaftliche Erwerbungen Verlobter werden im Zweifel zur Errungenschaft gerechnet.

Werden von Verlobten mit Rücksicht auf die künftige Ehe gemeinschaftliche Erwerbungen gemacht, so werden diese nach konstanter, auch von dem Obertribunal stets anerkannter Praxis im Zweifel zur Errungenschaft gerechnet, gleich als ob die Erwerbungen während der Ehe erfolgt wären.[101]

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Mai 1826 in der Appellationssache H. gegen H.; vom 23. Oktober 1828 in der Appellationssache Sch. gegen W.; vom 26. Oktober 1866 in der Appellationssache S. gegen R.

---

[98] Protokolle der Dresdener Kommission S. 3159, 3160, 4532.

[99] Ebendaselbst S. 4531, 4532;

[100] Ebendaselbst S. 3159, 3161.

[101] Sarwey, Monatschrift Bd. I, S. 305; Hufnagel, Mitth. Bd. I, S. 166—168; Bolley, Komm. Bd. I, S. 166, 167, Note 6; Reyscher, Württ. Privatrecht Bd. III, §. 560, Ziff. 3, Note 7; Kübel, Erbrecht §. 215, Ziff. 3; Neuffer, Zeitschr. Bd. I, S. 33, 34.

Digitized by Google

13) Veräußerungsrecht des Ehemannes bezüglich des zur Errungenschaft gehörigen Vermögens.

Das zur Errungenschaft gehörige Vermögen ist der Ehemann als Vertreter der ehelichen Gesellschaft nach den von der württembergischen Theorie und Praxis stets anerkannten Rechtsgrundsätzen auch ohne Zustimmung der Ehefrau, ja selbst gegen deren Willen frei zu veräußern berechtigt und es wird die Rechtsgiltigkeit der von dem Ehemann vorgenommenen Veräußerung nicht beeinträchtigt, wenn auch die Ehefrau Widerspruch dagegen erhoben hat.[102] Auch ist es keine Voraussetzung der Giltigkeit der von dem Ehemann allein ohne Zustimmung der Ehefrau vorgenommenen Veräußerung eines Errungenschaftsgegenstandes, daß die Veräußerung der Errungenschaftsgesellschaft einen Vortheil bringe. Auch die Giltigkeit der Verpfändung der unter der Errungenschaft begriffenen Liegenschaft durch den Ehemann ohne Zustimmung der Ehefrau wird in dem Art. 24 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 nicht davon abhängig gemacht, daß die Verpfändung wirklich zum Vortheil der ehelichen Gesellschaft diene, sondern es ist der Ehemann bei der Verpfändung nur insofern beschränkt, als er ohne Zustimmung der Ehefrau Errungenschaftsstücke nur für eine gemeinschaftliche Schuld, nicht für eine eigene private Schuld verpfänden darf.[103]

Entsch. des Obertribunals vom 26. Oktober 1866 in der Appellationssache S. c. R.

---

[102] Consil. Tub. Vol. IX, cons. 68, Nro. 7, 59; Wächter in Sarweys Monatschrift Bd. VIII, S. 485; Bolley, Komm. Bd. I, S. 166; Mayer, Komm. Bd. I, S. 270, 271; Pfizer, Rechte und Verb. der Weiber Bd. I, S. 236; Griesinger, Komm. Bd. II, S. 443; Reyscher, Württ. Privatrecht Bd. III, §. 361, Nro. 3; Weishaar, Württ. Privatrecht Bd. I, §. 154; Neuffer, Zeitschr. Bd. I, S. 35, 37, 38.

[103] Mayer, Komm. Bd. I, S. 270, 271; Seeger, Komm. Bd. I, S. 131; Neuffer, Zeitschr. Bd. I, S. 35, 36.

Digitized by Google

14) Das Verwaltungsrecht des ordentlichen adventizischen Sondergutes der Kinder steht dem Vater mit Ausschluß der Mutter zu.

Nach gemeinem Rechte steht nur dem Vater an dem ordentlichen adventizischen Sondergute das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht zu. Nun ist zwar durch das württembergische Recht das letztere auch auf die Mutter ausgedehnt worden, obwohl bestritten ist, ob der Mutter die Nutznießung schon während des Lebens des Vaters zukomme, oder erst nach dessen Tode eintrete.[104] Allein jedenfalls ist das in dem gemeinen Rechte begründete Verwaltungsrecht des Vaters durch das württembergische Recht nicht beschränkt worden, da vielmehr nach dem letzteren auch das Beibringen der Frau und das unter diesem begriffene Vermögen ihrer vorehelichen Kinder der Verwaltung des Mannes, des Stiefvaters dieser Kinder, unterworfen wird und damit ein Verwaltungsrecht der Frau an jenem Sondergute unvereinbar ist.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. März 1866 in der Appellationssache A. gegen W.

15) Verbindlichkeit der Eltern zur Ausstattung eines Kindes im Falle seiner Verheirathung gegen den Willen der Eltern.

Das Landrecht Thl. IV, Tit. 13, §. 6 und die Eheordnung von 1553 entbindet die Eltern von der Verpflichtung zur Ausstattung, wenn sich ein Kind gegen ihren Willen verheirathet, sofern sie, nach Inhalt der Eheordnung, an ihrem Amt, als getreuen Eltern gebührt, gegen das Kind nicht fahrläßig gewesen, noch dasselbe gefährlicher oder eigennütziger Weise an ehrlicher Verheirathung und Fürsehung abgehalten haben, in welchem Falle Amtleut und Gerichte auf deßhalb begebenden Streit zwischen den Eltern und Kindern gebührenden Bescheid ertheilen sollen. In der Eheordnung von 1553 ist nun den Eltern zur

[104] Weishaar, Württ. Privatrecht Bd. I, §. 243, 244.

Digitized by Google

Pflicht gemacht, einer Verehelichung ihrer Kinder, „ohne merkliche rechtmäßige Ursachen" nicht entgegenzutreten, es ist aber auch bestimmt, daß, wenn die Eltern in eine Verlobung ihrer Kinder nicht einwilligen, die Verlobten nicht proklamirt und nicht eingesegnet werden sollen, sondern von den Ehegerichten Bescheid und Erkenntniß einzuholen sei, welche „in Erkenntniß der vermeinten Eheverpflichtung nach Ausweis heiliger Schrift auch kaiserlich geschriebenen Rechten sprechen und urtheilen" sollen. Hienach hatten schon nach der Eheordnung von 1553 über die Giltigkeit eines gegen den Willen der Eltern von einem Kinde eingegangenen Eheverlöbnisses und dessen Vollziehung durch Trauung die Eherichter zu erkennen, was nichts anderes, als eine Ergänzung des elterlichen Konsenses ist, und wenn dann über die Ausstattung Streit entsteht, hierüber die Civilgerichte zu entscheiden. Die Eheordnung verweist ausdrücklich auf die kaiserlich geschriebenen Rechte und nach der l. 19, D. de ritu nupt. (23, 2) wird die Einwilligung durch die Obrigkeit ergänzt, wenn der Vater ohne gerechten Grund (injuria) seine Beistimmung verweigert und ist er alsdann auch verbunden, sein Kind auszustatten.[105] Das Landrecht wiederholt lediglich nur das gemeine Recht in den Ausdrücken: „fahrläßig, gefährlich, eigennützig," was Alles das Wort injuria umfaßt, es verweist auf die Eheordnung, welche die Eltern ernstlich ermahnt, nicht gefährlicher oder eigennütziger Weise, nicht ohne merkliche rechtmäßige Ursachen einer Verehelichung ihrer Kinder entgegen zu treten. Nach dem Landrechte sind die Eltern sogar selbst dann, wenn ein Kind wider ihr Wissen oder Willen sich verheirathet hätte, ohne vorher die elterliche Einwilligung von dem Ehegerichte ergänzen zu lassen, zur Ausstattung verpflichtet, wenn sie

---

[105] Thibaut, Pand. §. 387, 443; Lauterbach, Coll. Pand. tom. II, lib. 23, Tit. 2, §. 28; Hofacker, Princ., Tom. I, §. 376; Permaneder, Kirchenrecht Bd. II, S. 241, §. 607.

Digitized by Google

die Verheirathung des Kindes ohne rechtmäßige Ursache aufgehalten hätten, worüber dann der Civilrichter zu erkennen habe. [106] Hat dagegen vorher das Ehegericht bei dem Widerspruch der Eltern deren Konsens ergänzt, so ist die Ehe rechtlich als mit dem Willen der Eltern eingegangen anzusehen, weil der ehegerichtliche Konsens den elterlichen vertritt.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Mai 1867 in der Appellationssache Bl. c. Bl.

16) Verbindlichkeit der Eltern zur Ausstattung der Kinder; Größe der Ausstattung. [107]

Bezüglich der Größe der von den Eltern ihren Kindern zu gebenden Ausstattung verordnet das Landrecht Thl. IV Tit. 13, §. 1 in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte, daß die Eltern verpflichtet seien, ihre Kinder mit einem gebührlichen Heirathgut von ihrem, der Eltern gemeinem Gut dero Stand und Vermögen gemäß, auszusteuern. [108] Hienach ist auf der einen Seite der Stand und das Vermögen der Eltern, auf der andern Seite aber auch der Stand des Kindes und der Zweck der Ausstattung, dem Kinde einen Hausstand und sein Fortkommen zu begründen, maßgebend, was in den angeführten römischen Gesetzesstellen und in dem Landrechte, insbesondere auch durch die Worte „mit gebührlichem Heirathsgut" ausgesprochen ist. Demzufolge wird zwar das Kind wohlhabender oder reicher Eltern eine größere Ausstattung zu erhalten haben, als dasjenige minder bemittelter Eltern, aber immerhin wird bei jenem nach dem Zwecke der Ausstattung das als ein gebührliches Heirathgut angenommen werden müssen, welches so groß ist, um dem Kinde nach seinem Stande

---

[106] Griesinger, Komm. Bd. IX, S. 781, Ziff. 8, vergl. mit S. 779, Ziff. 7.

[107] Vergl. dieses Archiv Bd. IX, S. 28 ff.

[108] l. 60, 69, §. 4, 5. D. de jure dotium (23, 3); l. 43, D. de leg. et fideicomm. III (32, 1); l. 19, §. 1, Cod. de haeret. (1, 5).

Digitized by Google

bei eigener Thätigkeit und guter Haushaltung eine sorgenlose Existenz zu bereiten, wenn gleich die Eltern ein größeres Heirathsgut zu geben im Stande wären, während minder bemittelte Eltern nicht mehr zu geben verpflichtet werden können, als sie, ohne sich selbst dem Mangel auszusetzen, zu geben im Stande sind. In Anwendung dieser Grundsätze wurde in einem dem Obertribunal zur Entscheidung vorgelegenen Falle, in welchem der Sohn auf Bestellung eines Heirathgutes von 3395 fl. gegen seine Eltern geklagt hatte, während diese nur zu einem Heirathgute von 1697 fl. sich verstehen wollten, auf eine Ausstattung von 2700 fl. erkannt und zur Begründung dessen bemerkt: Bei Bemessung der Größe der Ausstattung des Klägers war zu beachten, daß der Kläger dem Bauernstande angehört und ihm seine Frau neben der Aussteuer ein mäßiges Vermögen in Gütern beibringt; daß seine Eltern eine Tochter mit 3395 fl. ausgestattet haben, worunter aber an Aussteuer 395 fl. begriffen sind, also deren rentables Heirathgute 3000 fl. betrug; daß die Eltern nicht verbunden sind, jedem ihrer Kinder ein gleich großes Heirathgut zu geben, [109] und daß dieß insbesondere dann gelten muß, wenn ein Kind, wie im vorliegenden Falle geschehen, wider ihren Rath und Willen eine Frau wählt, während das andere Kind nach ihrem Rath und Willen heirathet; daß ein Kind unter keinen Umständen eine höhere Ausstattung beanspruchen kann, als sein Pflichttheil beträgt, weil sonst das Recht der Eltern, dasselbe auf den Pflichttheil einzusetzen, beseitigt würde, daß aber das Kind kein Recht auf eine der Größe des Pflichttheils entsprechende Ausstattung hat, sondern nur auf eine solche, welche ihm nach seinem Stande sein Fortkommen sichert, vorausgesetzt, daß die Eltern nach ihren Verhältnissen eine solche zu geben vermögen; daß daher die Bereitwilligkeit der Beklagten, dem Kläger bei einer früher von ihm beabsichtigten Verehelichung desselben eine Aus-

[109] Griesinger, Komm. Bd. IX, S. 757, Note aa.

Digitized by Google

stattung von 4000 fl. zu geben, für den gegenwärtigen Fall nicht maßgebend sein kann; daß die Beklagten außer dem Kläger noch sechs Kinder auszustatten in den Fall kommen können, und sie, welche durch Fleiß und Sparsamkeit ein so bedeutendes Vermögen erworben haben, durch die Ausstattung ihrer vielen Kinder nicht auf ein mäßiges Einkommen beschränkt werden dürfen, sondern für sie im Alter ein reichliches Einkommen übrig bleiben muß; endlich daß die Beklagten an der Forderung des Klägers von 3395 fl. eine Ausstattung von 1697 fl. zugestehen. In Erwägung aller dieser Umstände hielt man eine zwischen der Forderung des Klägers und dem Zugeständniß der Beklagten stehende Ausstattung von 2700 fl. für eine gebührliche und in der Billigkeit begründete, da einerseits der Kläger durch solche in Verbindung mit dem Beibringen seiner Frau sein Fortkommen finden kann, andererseits die Beklagten dieselbe nach ihrem Vermögen (welches die Beklagten zu 40—50,000 fl., der Kläger zu 100,000 fl. angegeben hatten) wohl zu geben im Stande sind.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. Mai 1867 in der Appellationssache Bl. c. Bl.

17) Beendigung der väterlichen Gewalt durch Errichtung eines eigenen Haushalts.

Nach der Bestimmung des württembergischen Landrechtes Thl. II, Tit. 18, §. 7 wird die väterliche Gewalt auch durch die Errichtung eines eigenen, von dem väterlichen getrennten, Haushaltes beendigt. Die Errichtung eines eigenen Haushaltes erfordert aber eine selbstbestimmende Thätigkeit des Kindes und setzt daher die geistige Fähigkeit voraus, den Entschluß zu Errichtung eines eigenen Haushaltes zu fassen und auszuführen.

Entscheidung des Obertribunals vom 7. September 1866 in der Appellationssache Sch. gegen Sch.

18) Wesen der Einkindschaft.

Die materiellen Erfordernisse der Einkindschaft bestehen nicht blos in der vertragsmäßigen erbrechtlichen Gleich-

Digitized by Google

stellung der beigebrachten Kinder des überlebenden Ehegatten mit den eigenen Kindern des Stiefparens, vielmehr besteht das Wesen der Einkindschaft darin, daß die Kinder früherer Ehe, unter Einverleibung ihres Vermögens in die Gemeinschaft der zweiten Ehe, den Kindern dieser zweiten Ehe in vermögensrechtlicher Beziehung überhaupt gleich gestellt werden, und sie setzt vor Allem die Vermögenseinwerfung jener Kinder in die neue Gemeinschaft voraus und nur zum Ersatze für diese Einwerfung findet der Erbvertrag mit den Kindern erster Ehe statt. [110]

Entscheidung des Obertribunals vom 17. November 1866 in der Appellationssache S. gegen K.sche Eheleute.

19) Vorzugsrecht der Kinder wegen ihres in der gesetzlichen Verwaltung der Eltern stehenden Vermögens.

Den Kindern steht in dem Konkurse der Eltern wegen ihres in deren Nutznießung befindlichen Vermögens ein Vorzugsrecht der dritten Klasse nur zu, wenn sich das fragliche Vermögen auch in der Verwaltung der Eltern befindet. Nach dem früheren württembergischen Rechte (Landrecht Thl. II, Tit. 8, §. 4) war den Kindern für das Vermögen, das ihre Eltern in Verwaltung und Nutznießung hatten, ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht auf dem Vermögen der letzteren eingeräumt. Die nothwendige Voraussetzung dieses Pfandrechtes war daher, daß beides, Verwaltung und Nutznießung, verbunden sein mußten. [111] Dieses Pfandrecht wurde in der Pfandgesetzgebung vom Jahre 1825 in soweit beibehalten, als es in dem Prioritätsgesetze vom

---

[110] Eichhorn, deutsches Privatrecht, §. 348; Gerber, deutsches Privatrecht (8. Aufl.) §. 262, S. 677; Bluntschli, deutsches Privatrecht (3. Aufl.) §. 219; Beseler, deutsches Privatrecht (2. Aufl.) §. 145; Holzschuher, Theorie und Kasuistik Bd. I, S. 761; Württ. Landrecht Thl. III, Tit. 9, §. 7; Reyscher, Württ. Privatrecht, §. 694, 692; Weishaar, Württ. Privatrecht §. 849 vergl. mit §. 847, 848; Kübel, Erbrecht §. 100.

[111] Gmelin, Ordnung der Gläubiger S. 480.

Digitized by Google

15. April 1825, Art. 11 in ein Vorzugsrecht der dritten Klasse bei der gemeinen Masse verwandelt und ihm die dingliche Natur entzogen und nur ein persönliches Vorzugsrecht verliehen worden ist. [112] Aber in Uebereinstimmung mit dem früheren Rechte wurde ihnen dieses Vorzugsrecht nur wegen des den Eltern zustehenden Verwaltungsrechtes gegeben und ist daher den Eltern das Verwaltungsrecht des in ihrer Nutznießung befindlichen Vermögens der Kinder entzogen, so kommt diesen ein Vorzugsrecht im Gante der Eltern nicht zu. Auf den Grund dieser Sätze wurde in einem Falle, wo der in Gant gerathenen Mutter der Kinder die Nutznießung des großväterlichen Vermögens der letzteren testamentarisch eingeräumt war, während die Verwaltung dieses Vermögens unmittelbar in die ausschließliche Verwaltung des Vaters gekommen war, den Kindern ein Vorzugsrecht in dem Gante der Mutter abgesprochen, indem noch bemerkt wurde, daß die Worte „Verwaltung der Eltern" im Art. 11, lit. b des Prioritätsgesetzes einfach „Vater oder Mutter" in sich begreifen, je nachdem jener oder diese das Vermögen der Kinder in Verwaltung habe.

Entscheidung des Obertribunals vom 14. März 1866 in der Appellationssache A. gegen W.

20) Einwerfungspflicht bei elterlichen Vermögensübergaben.

Anerkanntes Recht ist, daß die gesetzliche Einwerfungspflicht einen Theil der Erbfolge bildet, bei welcher sie, nach vorausgegangenem Tode des zu beerbenden Parens, nur den einwerfungspflichtigen Descendenten gegen einander obliegt und nur diesen gegenseitig ein Klagerecht gewährt, und wonach sie überhaupt nur dann Platz greift, wenn der einwerfungspflichtige Descendent die Erbschaft annimmt,

[112] Bolley, Kommentar zum Pfandgesetze Bd. II, S. 628; Motive zu dem Prioritätsgesetze vom Jahre 1825 und die Berichte des ständischen Ausschusses und der ständischen Kommission hierüber in den Verh. d. K. d. Abg. vom Jahre 1823 und 1824, S. 89, 90, 166, 340, 341.

Digitized by Google

hingegen cessirt, wenn er die Erbschaft ablehnt, worüber er bis zum entscheidenden Augenblicke das freie Wahlrecht hat. [113] In dem württembergischen Rechte, welches in den Art. 5, 7, Ziff. 3, Art. 40, 41 des Gesetzes über das Notariatswesen vom 14. Juni 1843 die elterlichen Vermögensübergaben, welche die Wirkung einer Erbtheilung haben, im Allgemeinen bestätigt und solche formell, wie materiell, ganz wie Realtheilungen behandelt, [114] ist es üblich, die Einwerfung der Kinder auch schon in solchen Vermögensübergaben eintreten zu lassen. [115] Abgesehen von der Frage, ob hiedurch die Einwerfungspflicht der Kinder überhaupt schon auf die Zeit einer Vermögensübergabe der Eltern ausgedehnt und zu einem Rechte der letzteren gemacht werden wollte, oder ob nicht trotzdem die Einwerfung der Kinder bei Vermögensübergaben eine freiwillige geblieben ist, so kann die Einwerfungspflicht der Kinder nach Analogie des vorangeführten bei der Erbfolge geltenden Grundsatzes keinesfalls früher Platz greifen, als sie das ihnen bei der Vermögensübergabe Zugeschiedene annehmen zu wollen sich erklärt haben. Wenn nämlich gleich eine solche Vermögensübergabe keine wirkliche Erbtheilung, sondern ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ist, bei dem der Erblasser noch lebt und der Erbanfall an die Kinder noch nicht einmal sicher feststeht, so ist doch der Zweck derselben, als eine Anticipation der Erbfolge, anerkanntermaßen ein und derselbe mit der künftigen Erbtheilung, welche gerade hiedurch ersetzt werden soll und dieß gilt besonders auch von der Gleichstellung der Kinder durch Einwerfung, welche statt erst später jetzt schon erfolgen soll. Blos die von den Eltern gewünschte Verfrühung der Vermögensvertheilung und der Einwerfung ist also Zweck des

[113] l. 8, 9 D. de dotis coll. (37, 7).

[114] Verh. der Kammer der Abgeord. zu Art. 7, 40, 41 bei Kappler (erste Ausg.) S. 74, 211—214.

[115] Zeitter, freiw. Gerichtsbarkeit Bd. I, §. 801, 802; Bd. II, S. 1345 ff.; Kübel, Erbrecht §. 180 und S. 246.

Digitized by Google

Geschäftes, während die übrigen für die Erbtheilung Platz greifenden Rechtsverhältnisse der Kinder dadurch nicht berührt werden. Es folgt daher, was die Einwerfung anbelangt, daß den Kindern ihre Rechtszuständigkeiten, die sie im Falle der Einwerfung bei der Erbtheilung haben, ebenso bei der Vermögensübergabe gewahrt sein müssen und hienach sind sie erst in dem Falle einzuwerfen verpflichtet, wenn sie das ihnen bei der Vermögensübergabe Zugeschiedene anzunehmen sich entschlossen haben, weil diese Annahme, welche ein Vorempfang auf die künftige Erbschaft ist, der Annahme der Erbschaft gleich geachtet wird. Dagegen sind sie nicht verpflichtet einzuwerfen, wenn sie vorziehen, das Gebotene abzuweisen, gerade so, als ob sie die Erbschaft ausgeschlagen hätten. Diese rechtliche Konsequenz ist nothwendig, weil die Regelung der Einwerfungsverhältnisse so, wie sie bei der Vermögensübergabe erfolgt, für die Kinder für alle Zukunft verbindend bleibt, und es müßte zu einem Widerspruche führen, die Einwerfung zur Vermögensübergabe ohne alle rechtliche Einschränkung eintreten zu lassen und ihre gesetzliche Beschränkung erst für die Zeit der Erbtheilung vorbehalten zu wollen. Dem Descendenten, von dem die Einwerfung verlangt wird, muß bis dahin, wo er aus dem Ergebniß der wirklich vorgenommenen Vermögensübergabe das Schicksal seiner Ansprüche nach Objekten und Zahlen zu entnehmen vermag, das Wahlrecht zwischen Einwerfen und Verzichten frei bleiben. Das Verlangen der unbedingten Einwerfung hätte die gleiche Wirkung, wie wenn von einem an sich einwerfungspflichtigen Descendenten zum Voraus verlangt werden wollte, daß er sich für die künftige Erbtheilung des Rechtes der Ausschlagung begebe und schon jetzt zur unbedingten Einwerfung verpflichte. Auch das rechtliche Interesse, welches der parens an der Einwerfung der Kinder hat, kann ihm kein unbedingtes Klagerecht auf diese Einwerfung gewähren, da er dieses sein Interesse jedenfalls in anderer Weise zu wahren im Stande ist, insofern ihm frei steht, unter Beachtung der

Digitized by Google

Pflichttheilsrechte, das bereits ausgestattete Kind in der Vermögensübergabe ganz unberücksichtigt zu lassen, oder nur so weit zu bedenken, als er nach demjenigen Werthe, den er dem gegebenen Heirathgute beilegt, für gerechtfertigt hält.

Entscheidung des Obertribunals vom 12. September 1866 in der Appellationssache F. gegen F.

21) Kann nach württembergischem Rechte dem Vater die Nutznießung von dem Pflichttheile seines Kindes entzogen werden?

Auf dem Boden des römischen Rechtes war es von jeher eine bestrittene Frage, ob eine Mutter oder Großmutter dem Vater den Nießbrauch des von ihnen den Kindern hinterlassenen Vermögens ganz oder nur insoweit entziehen könne, als solches den den Kindern gebührenden Pflichttheil überschreitet. Viele nehmen an, daß nach der Bestimmung der Nov. 117, cap. 1 der Nießbrauch des Pflichttheils dem Vater nicht entzogen werden dürfe,[116] während andere Schriftsteller der älteren und neueren Zeit den Satz aufstellen, daß dem Vater auch von dem mütterlichen und großmütterlichen Pflichttheil seiner Kinder die Nutznießung entzogen werden könne,[117] und auch die Gloße

[116] Brunnemann, Comm. ad Cod. lib. VI, tit. 51, pag. 816, 817; Leyser, medit. ad Pand. lib. V, tit. II, spec. 92, medit. 1; Wernher, observ. for. p. IV, obs. 83, pag. 248, 249, Suppl. vol. VII, p. 488; Joh. Harpprecht, comm. in Inst. ad l. II, t. 9, tom. II, pag. 630, §. 10; Lauterbach, Diss. 140 de usufructu paterno §. 23; Diss. 199 de pecul. advent. irreg. §. 13; Diss. 148 de peculio §. 4, th. 8, Nro. 2; Hofacker, princ. Tom. I, §. 580, Note b; Malblanc, princ. jur. t. II, §. 513; Glück, Komm. Bd. VII, S. 80—85; Schweppe, röm. Privatrecht Bd. IV, §. 653, S. 57; Wening Ingenheim, röm. Privatrecht Bd. III, §. 394, S. 87; Francke, Notherbenrecht S. 429; vergl. auch Kapff, Merkw. Civilrechtsspr. S. 76.

[117] Cujacius in exposit. Nov. ad h. l.; Mevius, Decis. P. VII, decis. 356, Note 2; Berlich, Decis. P. I, decis. 137, Nr. 115 sequ.; Titius ad Lauterbach, Obs. 433; Mühlenbruch, Forts. von Glück's Pandektenkommentar Bd. XXXVII, S. 410—412, Note 11.

Digitized by Google

diese Ansicht hatte.[118] In den Tübinger Consilien[119] wird solche sogar als communiter recepta bezeichnet, quam etiam in consultando et judicando sequuntur Doctores.

Das württembergische Landrecht Thl. IV, Tit. 9, §. 2 und 4 hat sich der letzteren Ansicht angeschlossen und damit eine Kontroverse des römischen Rechtes in dem der damals herrschenden Ansicht entsprechenden Sinne entschieden. Das erste und zweite Landrecht enthält mit unbedeutenden Fassungsänderungen folgende Stelle: „Wann es sich auch begebe, das nach solcher, zwischen dem vberblibnen Vatter oder Mutter vnd den Kindern gehaltner Abtheilung, den Kindern, weil sie noch unverheürat also vnterhalten vnd erzogen werden, noch etwas weitters von des abgestorbnen Vatters oder Mutter Linien her, mit oder one Testament erblich oder in ander weg zustünde, dasselbig soll nach vorgehnder Inventierung demselben vberblibnen Vatter oder Mutter auch zu verwalten und zuniessen vndergeben vnd zugestelt werden, doch allein so lang, biß die Kinder zu jhrem mannbaren Alter oder vollkomnen Alter erwachßen, vnd berhaten oder außgestewrt, vnd nit mehr in der Eltern Vnterhaltung vnd Zucht weren." In dem zweiten Landrecht findet sich unmittelbar hinter dieser Bestimmung folgender Zusatz: „Da aber den Kindern solche Güter, durch letsten Willen oder in andere weg, der massen außtruckenlich verschafft, oder sonst zugestelt worden waren, das es mit Niessung und Eigenthumb jhr eigen sein, vnd jhnen selber fürschlagen solte, darbei soll es auch gelassen, vnd den Eltern dißfalls die nutzung nit gevolgt, sondern den Kindern durch verordnete Vor-

[118] Glossa in dicta Nov. 117, c. 1 versus: „Sed nunquid etiam in naturali debito hanc conditionem adjicere potest, ut patri non quaeratur?" Respons: „sic, cum in hoc filius non gravetur, immo ejus conditio melius efficiatur, ut C. de inoff. testam. l. filius matrem. Accursius."

[119] Cons. Tub. vol. I, cons. 109, N. 18.

Digitized by Google

münder ordenlich und nutzlich verpflegt werden."[120] Ist nun in dem ersten Paragraphen ausdrücklich von den Gütern, welche den Kindern von des abgestorbenen Vaters oder der abgestorbenen Mutter Linie her zufallen, die Rede, und wird in dem zweiten Paragraphen unbeschränkt bestimmt, daß, wenn den Kindern solche Güter unter der Bedingung, daß sie ihnen mit Nutzen und Eigenthum bleiben, verschafft werden, es dabei gelassen werden soll, so ist damit ausdrücklich ausgesprochen, daß eine Verordnung, wodurch die Nutznießung des großmütterlichen Vermögens der Kinder dem Vater entzogen werde, gelten solle, und das Landrecht hat sich ebendamit für diejenige Ansicht erklärt, nach welcher dem Vater auch von dem großmütterlichen Pflichttheil der Kinder die Nutznießung entzogen werden kann.

Diese Bestimmungen des zweiten Landrechts giengen mit einigen Fassungsveränderungen in das dritte Landrecht über. In der Relation des D. Eisengrein zum IV. Theile des Landrechts findet sich nämlich hierüber folgende Stelle: „Tit. IX und X L. R. fol. 339, 340 zuo fünden vnd darum In diſe Relation nitt gebracht worden, weyl Ich darin nichts zu endern gewißt"[121] und in dem Protokolle über die Verhandlungen der Bebenhäuser Kommission heißt es: „Tit. IX. dieſer Titulus bleibt allerdings: paucissimis mutatis, wie D. Broll ad marginem verzaichnet."[122] Die oben angeführten beiden Paragraphen erhielten sofort im dritten Landrecht Th. IV, Tit. 9 folgende Fassung: „Was aber denen Kindern, deren rechter Leiblicher Eltern eins (Vatter oder Mutter) noch in Leben, mit oder ohne Testament, von ihres verstorbnen Vatters oder Mutter Linien, oder sonsten anderstwaher, weitters zufällt, damit soll ꝛc." Sodann: „Wa auch den Minderjährigen oder Ohnverheu-

[120] Reyscher, Ges. Sammlg. IV. Bd., S. 382.

[121] Faber u. Schloßberger, die Vorarbeiten zum württ. Landrechte S. 511.

[122] Ebendaselbst S. 608.

raten Kindern ettwas durch letzten Willen oder in andere wege dergestalt außtruckenlich verschafft oder sonsten zugestelt worden were, daß es allerdings mit Nutzen vnd Eigenthumb ihnen bleibe vnd fürschlage, soll es darbei gelassen, und jhrem noch lebenden Vatter oder Mutter dißfalls die Nüssung nicht gefolgt, sondern den Kindern durch Verpflegung zu jhrem Eintrag gerichtet werden." In diesem Paragraphen ist durch das Wort „allerdings" (gleichbedeutend mit: ganz oder gänzlich) die Bestimmung des zweiten Landrechts schärfer ausgedrückt, hiedurch aber hat das dritte Landrecht in Vergleichung mit dem zweiten Landrecht auf das bestimmteste sich dahin ausgesprochen, daß, wenn dem Vater die Nutznießung des Vermögens, welches seinen Kindern von der Mutter Linie her erblich zufalle, durch eine testamentarische Verordnung gänzlich entzogen werde, es hiebei jeden Falls sein Bewenden haben solle, was doch mit Nothwendigkeit jede Ausnahme ausschließt.

Unterstützend für diese Ansicht ist die Betrachtung, daß die Verfasser des zweiten und dritten Landrechts hauptsächlich die Glosse und einige Postglossatoren benützt haben, und daß daher diese bei der Erklärung des Landrechts von Wichtigkeit sind.[123] Nun ist schon oben bemerkt worden, daß die Glosse und viele Schriftsteller die hier aufgestellte Ansicht gehabt haben. Es sagt daher auch Bolley:[124] „Nach meiner Ueberzeugung muß dieses Gesetz auch von solchen Erbschaften, welche den Kindern als Notherben ihrer entferntern Ascendenten zufallen, verstanden werden, und die Sache wird auch schon deßwegen so behandelt, weil vielleicht unsere sämmtlichen Waisengerichte von der Verordnung der Nov. 117, cap. 1 nichts wissen."[125]

---

[123] Wächter, Geschichte und Quellen des württemb. Privatrechts S. 242, Note 22 und S. 354.

[124] Entwurf einer Amtsinstruktion ꝛc. Motive S. 81.

[125] Vergl. auch Bolley, 33 Aufsätze S. 188. Mit ihm stimmen überein Reinhard, das Landrecht des Königreichs Württemberg Bd. III, S. 102—104 und S. 140; Zeitter, freiwillige Ge-

Digitized by Google

Die entgegengesetzte Ansicht dagegen haben die meisten württembergischen Schriftsteller,[126] auf ihr beruht auch eine Entscheidung in den Tübinger Consilien, und in einer anderen Entscheidung erklären diese die Nov. 117, cap. 1 sogar auf den mütterlichen Nießbrauch für anwendbar.[127] Der Grund, aus welchem sie die Stelle des Landrechts in Tit. 9 des IV. Theils §. Wo auch ꝛc. durch die Nov. 117, cap. 1 beschränken, wird in dem Cons. 89, N. 8 im Vol. II dahin angegeben: „Quippe qui explicandus et restringendus est, secundum d. Nov. 117, cap. 1 ita ut non locum habeat quoad legitimam liberis debitam. Statuta enim et jura provincialia interpretationem recipiunt ex jure communi, et semper ita sunt accipienda, ut quoad fieri possit non recedatur a jure communi, ac quam minimum jus commune laedunt.“ Allein dieser Grund paßt nicht auf den vorliegenden Fall, wo das Landrecht eine zur Zeit seiner Entstehung bestrittene Frage des römischen Rechtes, welche die einen allgemein, die anderen nur beschränkend beantworteten, allgemein und gewiß in einer Weise entscheidet, wodurch die in der Nov. 117, cap. 1 enthaltene Beschränkung ausgeschlossen wird. Ebendeßhalb kann auch nicht gesagt werden, daß das Landrecht in dem angeführten Paragraphen Wo auch ꝛc. nur die Regel des römischen Rechtes wiederhole, und daß darum, weil Korrekturen im Zweifel nicht anzunehmen seien, aus der Wiederholung der alten Regel nicht abgeleitet werden könne, daß der Gesetz-

---

richtsbarkeit Bd. I, §. 282, S. 113; Hochstetter, Einleitung in das württ. Landrecht S. 530, 531.

[126] Weishaar, Handbuch des württ. Privatrechts Bd. II, §. 777, unter Berufung auf Nov. 117, cap. 1; Griesinger, Komm. des württ. Landr. Bd. IX, S. 689 und 650, Note f, unter Berufung auf das angeführte Gesetz und die Tübinger Consilien; Annotationes ad jus provinciale wurttemb. S. 378, §. 29.

[127] Vol. I, cons. 109, N. 12; vol. II, cons. 89 und 136; vol. VIII, cons. 89, Nr. 83.

Digitized by Google

geber damit die Einzelnheiten des älteren Rechtes zernichtet habe.[128] Die von Kapff[129] angeführte Entscheidung betrifft den mütterlichen Nießbrauch und spricht sich dahin aus, daß die Nov. 117, cap. 1 die ganz allgemeine Bestimmung des württembergischen Landrechts nicht beschränken könne. Hiebei wird bemerkt, daß das Hofgericht derjenigen Meinung beigetreten sei, wonach gemeinrechtlich eine Mutter oder Großmutter dem Vater den usumfructum nicht in dem den Kindern gebührenden Pflichttheil entziehen könne. Auch scheint nach der sofort folgenden Stelle das Hofgericht der Meinung gewesen zu sein, daß die Nov. 117, cap. 1 das Landrecht in Beziehung auf den väterlichen Nießbrauch beschränke. Indessen ist eine Entscheidung der Frage nicht gegeben, und jedenfalls könnte sie einer richtigen Auslegung des Landrechts nicht in den Weg treten, wie denn auch das Hofgericht keinen Anstand genommen hat, in Beziehung auf den mütterlichen Nießbrauch eine den Tübinger Consilien geradezu entgegengesetzte Entscheidung zu geben. Zwar findet sich in den Motiven zu dem Gesetzesentwurf über die eheliche Gütergemeinschaft S. 184 die Stelle: „Was sodann die bisher gesetzlich gewesene Bestimmung, daß der Pflichttheil des Kindes dem väterlichen, oder in Württemberg, wo die Mutter gleiche Rechte mit dem Vater hat, dem elterlichen Nutzungsrechte nicht entzogen werden dürfe, betrifft ꝛc.", es kann jedoch diese Stelle nur als die Ansicht des Verfassers dieses Entwurfes angenommen werden, welche nach dessen eigenen Prämissen eine Unrichtigkeit insofern enthält, als ein ausdrückliches Gesetz, daß der Mutter der Nießbrauch von dem Pflichttheil ihrer Kinder nicht entzogen werden könne, nicht nur nicht besteht, vielmehr nach der von dem Verfasser angeführten hofgerichtlichen Entscheidung das Landrecht das Gegentheil ausspricht.

---

[128] Thibaut, civil. Abhandlungen S. 120.
[129] Merkwürdige Civilrechtssprüche S. 72.

Digitized by Google

Allerdings ist in dem angeführten Gesetzesentwurfe Art. 21 die Bestimmung aufgenommen:

§. 195. „Das Nutznießungsrecht des überlebenden Gatten fällt nur dann hinweg, wenn derselbe darauf verzichtet, oder der Erblasser solches ausgeschlossen hat."

§. 196. „Der Erblasser ist hierin nicht beschränkt, er darf jedoch den Pflichttheil des Kindes und dessen Ertrag der gesetzlichen Verwendung zur Ernährung, Erziehung und Ausstattung des Kindes nicht entziehen."

Allein nach der jetzt bestehenden Gesetzgebung wird man die entgegengesetzte Ansicht als die richtige erkennen müssen.

Das Obertribunal ist in einer Entscheidung vom 10. Oktober 1843 der in dieser Ausführung vertheidigten Ansicht beigetreten.[130] Aus Anlaß der Berathung hierüber wurde von dem verstorbenen Obertribunalpräsidenten von Bolley zu vorstehender Ausführung bemerkt: es komme hiebei noch weiter in Betracht, daß die fragliche Bestimmung welche man in der Nov. 117 finden wolle, als etwas ganz Absonderliches erschiene, und daß man sie, wenn es damit seine Richtigkeit hätte, wohl gewiß nur als eine Begünstigung der väterlichen Gewalt, welche das Fundament des hier vorausgesetzten Nutznießungsrechtes sei, zu betrachten hätte; denn der Tochtermann sei ja nicht Notherbe seiner Schwiegereltern, und als eine Verletzung des Notherbenrechtes der Enkel selbst könne es unmöglich betrachtet werden, wenn diesen nicht eine Nutznießung entzogen, sondern vielmehr die großelterliche Erbschaft durch besondere Disposition gleichbald mit Nutzen und Eigenthum zugewendet werde. Zwar ließe sich noch ein anderer Grund dieser Disposition denken, nämlich, weil es nicht selten sei, daß nach dem Tode der Tochter deren Eltern einen ungerechten Haß auf den Schwiegersohn werfen. Aber es habe noch Niemand die fragliche

[130] Die Entscheidungsgründe, welche der obigen, aus den betreffenden Akten gezogenen Ausführung entnommen sind, finden sich abgedruckt in Tafel's Civilrechtssprüchen Bd. IV, S. 132—136.

Digitized by Google

Verordnung durch diesen Grund zu erklären gesucht. Auch sei zu beachten, daß zwischen dem statutarischen Nutznießungsrechte und dem römischen manche sehr bedeutende Verschiedenheiten, besonders aber die sehr wesentliche bestehe, daß unser Nutznießungsrecht wohl gewiß nicht als ein Ausfluß der väterlichen Gewalt betrachtet werden könne. Der klarste Beweis davon liege darin, daß, wenn etwa ein Großvater, dessen Sohn von der väterlichen Oekonomie nie sich abgesondert habe, nach dessen Tode die Kinder dieses Sohnes in seiner Gewalt behalten hätte, ihm nach dem Landrecht Thl. IV, Tit. 12, §. 2 aus dem Grunde der väterlichen Gewalt wohl gewiß nicht das Benützungsrecht von dem Vermögen der Kinder zugeschrieben werden könnte.

22) Kann ein Blinder schriftlich testiren?

Das römische Recht hat in einer ausführlichen Gesetzesbestimmung blinden Personen (blind geborenen sowohl als nachmals erblindeten) die Fähigkeit abgesprochen, über ihr Vermögen anders als mündlich vor einer Mehrzahl von Zeugen letztwillig zu verfügen, sei es, daß der Testator vor den Zeugen seinen letzten Willen vollständig vorträgt und sodann niederschreiben läßt, oder daß er, um seinem Gedächtniß bei dem Testirakte zu Hilfe zu kommen, seinen in einem zuvor vorbereiteten Aufsatze niedergeschriebene Willensmeinung vorlesen läßt und sie vor den Zeugen als seinen letzten Willen mündlich bestätigt, worauf dann die weiter vorgeschriebene Solennisation des niedergeschriebenen Willensaktes zu erfolgen hat. Nur unter dieser Voraussetzung und nur insoweit glaubte der Gesetzgeber ausgesprochenermaßen blinden Personen die Testirfähigkeit einräumen zu können, weil nur so hinreichende Sicherheit dafür gegeben sei, daß man es mit der eigensten, unverfälschten Willensmeinung eines Erblassers, mit welchem im blinden Zustande ein Testirakt vorzunehmen war, zu thun habe, während bei Zulassung einer anderen Art der Willenserklärung Spielraum eröffnet wäre, dem blinden Testator

Digitized by Google

andere, als die von ihm beabsichtigten letztwilligen Verfügungen zu unterschieben oder seine Willensmeinung in irgend welcher Weise zu verfälschen. — cst. 8 Cod. qui test. facere possunt vel non (6, 22); §. 4, Jnst. quib. non est permiss. (2, 12) — Die angeführte Gesetzesbestimmung ist in fast wörtlicher Uebersetzung in dem Kölner Reichsabschied von 1512, das Notariatswesen betreffend, Tit. I, §. 1 und 9 als die für die Errichtung letztwilliger Verfügungen Seitens blinder Personen allein giltige Norm erklärt worden, wobei diese für Blinde vorgeschriebene Art der Erklärung des letzten Willens als eine zwischen der mündlichen und schriftlichen Willenserklärung inne stehende Mittelgattung, als ein drittes Geschlecht eines Testaments (testamentum nuncupativum in scripturam redactum), bezeichnet wurde, obwohl das Wesen derselben eben auf der Unmittelbarkeit der mündlichen Erklärung des Testators vor den zur Solennisation des Aktes berufenen Personen beruht. Die Zweckmäßigkeit der gedachten Vorschrift leuchtet von selbst ein und es fehlt nicht an Rechtslehrern, welche sie durch die Natur der Sache geboten erachten. [131] Auch Gesetzgebungen der neueren Zeit, so das preußische Landrecht Thl. I, Tit. 12, §. 113, 114, der Code civil Art. 978 und das badische Landrecht Satz 978, stimmen mit dem Grundsatz des gemeinen deutschen Rechtes überein, daß blinden Personen die Testirfähigkeit nur mittelst mündlicher Willenserklärung und mit Ausschluß der geheimen (mystischen) Testirart einzuräumen sei. Das württemb. erste und zweite Landrecht von 1554 und 1567 enthielten in Absicht auf die Testirfähigkeit blinder Personen nur die Bestimmung, welche auch im ersten Absatze des §. 4, Thl. III, Tit. 2 des dritten Landrechts von 1610 enthalten ist: „Blinden, so nit reden können, sei zu testiren nicht zugelassen," [132] woraus, sowie aus der Schlußbestimmung

[131] Berufen wurde sich auf Holzschuher, Theorie und Kasuistik Bd. II, S. 528, Ziff. 5,

[132] Reyscher, Gerichtsgesetze Thl. I, S. 334.

Digitized by Google

des Titels „welchen Personen zu testiren nit zugelassen," welche auch in §. ult. des angeführten Titels des dritten Landrechts enthalten ist, unzweideutig erhellt, daß jene erst vor Kurzem in der Reichsgesetzgebung sanktionirte gemeinrechtliche Bestimmung über die Art der Errichtung der Blindentestamente anerkannt wurde. Der Zusatz, welchen der citirte Paragraph des dritten Landrechts gegenüber der korrespondirenden Bestimmung des zweiten Landrechts erhielt: „Da aber ein Blinder, so nicht stumm; auch ein Stummer, der schreiben, vnd ein Tauber, der schreiben oder reden kan, seinen letzten Willen verordnen wollte, soll ihnen solches nach einer oder andern biß Vnseres Landrechtens, ihnen bequemen Form, ohne weittere Zierlichkeit gemeiner Rechten, zu thun ohnbenommen sein," läßt, wenn man die Worte: „in einer oder andern ihnen bequemen Form" im Sinne des modernen, des heutigen Sprachgebrauches nimmt, — „bequem" für gleichbedeutend mit „nach subjektivem Belieben" — scheinbar immerhin die Deutung zu, der Gesetzgeber habe aussprechen wollen, der Blinde könne beliebig in jeder der fünf Formen des Landrechts, namentlich auch schriftlich, soweit das Landrecht ein schriftliches Testament kennt, testiren. Wäre diese Auslegung die richtige, so wäre noch die weitere Frage zu beantworten, ob ein Blinder auch in einer im Landrecht nicht vorgezeichneten Form, insbesondere in der durch Gewohnheitsrecht hinzugekommenen sogenannten sechsten Testamentsform giltig testiren könne. Indessen kann es bei näherer Betrachtung einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, daß durch den erwähnten Beisatz im §. 4 cit. des Landrechts die gemeinrechtliche Bestimmung, wonach blinde Personen ihren letzten Willen in der oben angegebenen Weise nur mündlich vor den zur Solennisation berufenen Personen sollten giltig erklären können, nicht abgeändert worden ist. Es ist in's Auge zu fassen, daß die sog. „consultissima lex der cst. 8 Cod. cit. und die angeführte Verordnung des Reichsabschiedes von 1512 zweierlei wesentlich von einander zu

Digitized by Google

unterscheidende Vorschriften enthalten, einmal — und dies ist wohl als die Hauptbestimmung zu betrachten — daß die Blinden wegen ihres physischen Gebrechens, des Mangels des Augenlichtes, in der Fähigkeit, eine letzte Willensverordnung zu errichten, dahin beschränkt sein sollen, daß sie vor den zum Solennitätsakt bestimmten Personen nur mündlich ihren letzten Willen sollen erklären können, und sodann, daß die Entgegennahme dieser Erklärung an bestimmte, bei den mit unmangelhaften Sinnen versehenen Testirern nicht erforderliche, vermehrte äußerliche Solennitäten, — „Zierlichkeiten" nach dem Ausdrucke des Landrechts — gebunden sein sollten. Die letzteren hier nicht näher zu erwähnenden Solennitäten wurden von der Doktrin, weil sie sich auf die Errichtung eines Privattestaments bezogen, auf die Errichtung eines gerichtlichen, öffentlichen Testaments in jeder Beziehung für unanwendbar erachtet, dagegen wurde die erstere Bestimmung, die Mündlichkeit der Willenserklärung des Testators vor dem zur Solennisation des Aktes berufenen Personal, auch bei dem öffentlichen Blindentestament als wesentlich angesehen. — Es läßt sich nun überhaupt nicht absehen, was die Verfasser des Landrechts veranlaßt haben sollte, diesen Grundsatz von der Nothwendigkeit mündlichen Testirens der Blinden umzustoßen, auf welchen das römische Recht sowie die jüngste Reichsgesetzgebung so großes Gewicht gelegt hatten und welcher unverkennbar die sicherste Gewähr für die Uebereinstimmung des Testamentsaufsatzes mit der Willensmeinung des blinden Testators gibt, während eine Verminderung der im römischen Rechte, allerdings zu ängstlich, gehäuften äußeren Solennitäten unverfänglich erscheinen konnte und mit dem Bestreben des Landrechts, im allgemeinen das gemeine Recht in dieser Hinsicht etwas zu vereinfachen, zusammenhängt. Daß aber das Landrecht nur in letzterer Beziehung eine Aenderung treffen wollte, darauf führt schon eine richtige Worterklärung des erwähnten §. 4 a. a. O. Wäre die Absicht dahin gegangen, ganz

Digitized by Google

allgemein jede der landrechtlichen Teſtamentsformen bei blinden Teſtirern, welche nicht zugleich der Sprache beraubt ſind, zuzulaſſen, ſo würde es genügt haben, zu ſagen, es ſolle ihnen die Errichtung einer letzten Willensverordnung nach einer oder anderen Form des Landrechts unbenommen ſein, und der mit beſonderer Interpunktion eingeſchaltete Zuſatz „ihnen bequemen Form" wäre überflüſſig geweſen. Da aber nach bekannter Geſetzesauslegungsregel nicht angenommen werden darf, daß der Geſetzgeber überflüſſige Worte gemacht habe, ſo wird man darauf geführt, in dem Beiſatz „ihnen bequemen Form" eine Limitation des vorangegangenen allgemein lautenden Satzes „es ſei ihnen unbenommen, in einer oder anderen Form des Landrechts ihren letzten Willen zu verordnen" zu ſuchen. Zieht man in Betracht, daß die wiſſenſchaftliche und die Geſchäftsſprache der Verfaſſer und Berather des Landrechts von 1610 regelmäßig die lateiniſche war, und daß ſie bei ihrer Aufgabe, ein für das Volk verſtändliches Geſetzbuch in deutſcher Sprache zu verfaſſen, nach dem damaligen Zuſtand des deutſchen Sprachidioms in Rechtsſachen, mit der Auffindung des dem aufzuſtellenden Begriffe ſcharf und unzweideutig entſprechenden Ausdrucks nicht immer glücklich waren, ſo liegt es nahe, ſich zum richtigen Verſtändniß eines zweifelhaften Ausdrucks, wie der vorliegende, zu vergegenwärtigen, wie der Verfaſſer ſich die betreffende Beſtimmung in lateiniſcher Sprache gedacht und in's Deutſche übertragen haben mochte. In die lateiniſche Sprache zurückübertragen würden die Worte: „ihnen bequeme Form" lauten: modus testandi eis commodus oder conveniens. Dieſe Ausdrücke im Lateiniſchen bezeichnen weit weniger, als das deutſche Wort „bequem" nach heutigem Sprachgebrauch, obwohl mehrdeutig, das ſubjektiv Gewünſchte und Wählbare, als vielmehr das objektiv Geeignete und Paſſende. Da nun überdieß in den Worten des Paragraphen „ohne weitere Zierlichkeit gemeiner Rechten" hervorgehoben iſt, worin eigentlich die Abweichung von dem bisherigen Rechte beſtehe,

Digitized by Google

nämlich in der Verminderung der Zierlichkeiten, der äußeren Solennitäten, während über eine beabsichtigte Abänderung der bestehenden Normen, wie blinde, beziehungsweise stumme Personen ihren letzten Willen zu erklären haben, nicht nur entfernt keine Andeutung vorliegt, sondern vielmehr in der Restriktion „ihnen bequem" nach einer natürlichen Worterklärung eine Verweisung der verschiedenen hier besprochenen, mit Sinnesmängeln behafteten, Personen je auf die für sie objektiv geeignete Testirweise, so wie sie gesetzlich normirt wurde, zu finden ist, so liegt aller Grund vor, den §. 4 cit. des Landrechts dahin auszulegen, daß es bei der Vorschrift des gemeinen Rechtes, wonach für Blinde die mündliche Testirart die ausschließlich geeignete sein sollte, sein Verbleiben behielt, im übrigen aber die unter dieser Voraussetzung anwendbaren Testamentsformen sollten gebraucht werden können. Daß dieß die richtige Auslegung der Worte des Landrechts „in einer oder andern ihnen bequemen Form" sei, ergiebt sich insbesondere auch daraus, daß die gedachten Worte sich auch auf stumme Testirer beziehen, von diesen aber gewiß ist, daß sie gesetzlich auf die schriftliche und zwar die holographe Willenserklärung beschränkt sind. In diesem Sinne hat denn auch schon der dem Sprachegebrauche des Landrechts nahe stehende Lauterbach [133] die fraglichen Worte des Landrechts ausgelegt und darin eine Hinweisung auf die gemeinrechtliche Bestimmung gefunden, wonach den Blinden nur die nuncupative Testamentserrichtung gestattet ist. „Illud periculosum esset, si Coecus per schedam obsignatam coram judice testari vellet. Unde etiam jus civile requirit, ut oculis carentes per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis. Quod ipsum nec Jus nostrum Provinciale mutare videtur. Nam in dict. §. „Also auch" part. III, tit. 2 primum quidem generaliter dicitur, quod coeci testari possint per unum vel alterum

[133] Disp. de test. judiciali Vol. III, diss. jurid. S. 875.

Digitized by Google

Juris provincialis modum: verum illud in sequentibus statim limitatur et restringitur ad modos, qui coecis conveniunt, so ihnen bequem seynd. Modus autem testandi per schedulam obsignatam Coecis haud videtur conveniens. Huc facit l. 8 Cod. de test, Reichsabschied zu Köln de Anno 1512." Endlich weist aber auch die aus dem zweiten Landrecht herüber genommene Bestimmung im Eingang des §. 4 cit. unseres Landrechts, wonach Blinde, welche nicht reden können, testirunfähig sein sollen, darauf hin, daß Blinde, welche der Sprache mächtig sind, der gemeinrechtlich für sie vorgeschriebenen Art der Willenserklärung, der nunkupativen Testirart sich zu bedienen haben, indem, wenn das dritte Landrecht die Blinden dieser Testirweise hätte entbinden und sie auch zur schriftlichen und mystischen Testirart hätte zulassen wollen, es zwar nicht gerade widersinnig, doch aber nicht konsequent und eine unnöthige Rigorosität gewesen wäre, jene Bestimmung des zweiten Landrechts beizubehalten. Mit dieser Auslegung der Worte des Landrechts stehen denn auch die Akten über die Vorarbeiten zu demselben im Einklang. [134]

[134] In Dr. Balthasar Eisengreins Relation zum dritten Theile des Landrechts ist gesagt: „In dem §. 4 anfahend, Also auch stummen würdt nach anlaittung der gemeinen recht, den Stummen, die nit schreiben, Item den Blinden, so nit reden, auch den Tauben, welche weder reden noch schreiben künden, die Testamentifactio billiger weyß abgestrickt, doch weil der Blinden halb gemeldt würdt, daß selbige, wan sie nit reden künden, zue Testiren nit Taugenlich, möchte daher argumento a contrario sensu ducto wöllen inferiert werden, da die blinden reden kundten, das sie solches nach den Formen deß Landtrechtens wohl thuen mögen, welches aber ein mißverstandt vnd vnschließliche argumentation were, dan weil die jura communia in testamentis Coecorum singulares et speciales solennitates erfordern, so khan die remissio solennitatum juris civilis, quae in genere subditis hujus Ducatus beschehen, nit ad hunc casum specialem et correctionem legum, quae ultra ordinarias solennitates in testamento coeci specialia solennia requirunt, nit extendiert werden. Damit dan auch diesem mißverstandt fürge-

Digitized by Google

Dr. Eisengrein hatte geglaubt, in seiner Relation über die Revision des III. Theils des Landrechts zu der hier in Rede stehenden Stelle darauf aufmerksam machen zu sollen,

---

bawen, und die Blinden mit denen in den gemeinen rechten verordneten vberflüßigen Zierlichkeiten nit beschwehrt werden, möchte diesem §. addiert werden wie volgt: „Da aber ein Blinder so nit stumm, seines letsten willens testamentliche Verordnung thuen wolte, solle ihnen solches nach außweisung deren hieunden in vnseren Landrechten Tit. — gesetzten Ersten, Dritten vnd Viertten form zu thon zugelassen, vnd vf solchen Fhal deren in gemeinen rechten bey den Testamenten der Blinden erforderten sonderbaren solenniteten entladen sein." Das „Protokollum, was durch die Deputirte zu Revidirung des Dritten und Viertten Theils Fürstlichen Landtrechtens, bey gehalttener Deliberation, zu Bebenhausen (über Dr. Eisengreins Aufsatz) verhandelt worden," besagt hiezu „Ad. §. 4, Allso auch Stummen, Blinden et ct." „D. Eisengrein: „Referir sich auff sein Relation." D. Bozer: „Haltte nit, daß dieser §us Landtrechtens (so ex jure communi genommen) zu enbern, weil er lautter gnug, ut sonant verba, Blinden so nit reden khenden, Ergo die Blinden, so reden khenden, mögen testiren, sive secundum normam juris communis sive secundum formulas des Landtrechtens." Landschaft: „Es möchte darfir gehaltten werden, daß die Blinden so reden khenden, anderst nit zu testiren befugt, alß secundum legem 8 C. de testam. Derowegen halten Sie darfir, disse Deklaration schade nichtt, daß man der Coecorum halb, so reden khenden, auch setzen möchte, quod possint testari secundum formulas des Landtrechtens, modo non adstricti sint ad certas juris municipalis formulas: primam vel tertiam." D. Bayr: „Consentit mitt D. Brollen oder der Landschaft." Weiler: „Jdem sentit." „Jgitur correctum est im Concept." Vgl. Faber und Schloßberger, die Vorarbeiten zum württembergischen Landrechte S. 320, 321, 572, 573. Demzufolge wurde dann von Schmidlin der Paragraph dahin redigirt: „Allso auch Stummen — wie im zweiten Landrecht — weder schreiben noch reden könnten. Da aber ein Blinder, so nit stumm, seines letsten Willens testamentliche Verordnung thun wollte, solle ihm solches nach einer oder andern diß vnseres Landtrechtens Jhme bequemen Form zu ton zugelassen vnd uff solchen fahl deren in gemeinen Rechten bei den Testamenten der Blinden erforderten sonderbaren Solennitäten entladen sein. Vgl. die Archivalhandschrift im K. Archiv III, 81 (neue Nummer III, 205). In

wie daraus, daß das Landrecht weniger solenne Testirformen eingeführt habe, an sich noch nicht folge, daß auch die Blinden bei ihren Testirakten sich dieser leichteren Formen bedienen können, weil singuläre Gesetze durch korrektorische Bestimmungen genereller Natur nicht aufgehoben werden und beantragte daher, „damit die Blinden mit denen in gemeinen Rechten verordneten überflüssigen Zierlichkeiten nit beschwehrt werden", den ausdrücklichen Zusatz zu der betreffenden Stelle des zweiten Landrechts zu machen: „Da aber ein Blinder, so nit stumm, seines letsten Willens testamentliche Verordnung thuen wolte, solle ihme solches nach außweisung deren hieunden in Unseren Landtrechten Tit. — gesetzten Ersten, Dritten und Viertten form zu thon zugelassen vnd vf solchen fhal deren in gemeinen rechten bei den Testamenten der Blinden erforderten sonderbaren solenniteten entladen sein." Aus diesen Worten geht klar hervor, daß es bei dem von Eisengrein beantragten Beisatz lediglich darum zu thun war, die äußeren Solennitäten bei Testamenten, wie

---

diesem Konzepte Schmidlin's findet sich nun aber auf dem Rande von der Hand Schmidlin's übrigens jedenfalls mit Wissen und Willen Enzlins eine erhebliche Korrektur. Einmal nämlich ist hinter den Worten: „so nit stumm" eingesetzt: „Auch ein Stummer der schreiben und ein Tauber, der reden kann" und sodann ist vor den Worten: „solle ihm solches," der ganze Rest des Satzes bis „entladen sein" durchstrichen und dafür gesetzt: „solle ihme solches nach einer oder anderen diß vnseres Landtrechtens ihnen bequemen Form ohne weitere Zierlichkeit gemeiner Rechte zu thun onbenommen, doch daß ein Stummer seine testamentliche Verordnung selber mit eigenen Handen schreibe. In eines Blinden Testament aber allweg noch ein Zeug weiter adhibirt werden, dann hieunden gesetzte Formen in anderer testirender Personen Verordnungen erfordern." Diese materielle Aenderung wurde von Enzlin, welcher nur noch die aus der Vergleichung mit dem jetzigen Landrechtstexte ersichtlichen stylistischen Korrekturen eigenhändig daran vornahm, beliebt, ohne daß der Grund derselben näher ersichtlich wäre. Vergl. Enzlin'sches Druckmanuskript im K. Archiv III, 82 (neue Nummer III, 206.).

Digitized by Google

sie das Landrecht festsetzte, auch auf die Testamente der Blinden, ihrer singulären Natur unerachtet, für anwendbar zu erklären, damit sie der überflüssigen Zierlichkeiten des gemeinen Rechtes sich entladen können, daß aber auch nicht entfernt daran gedacht wurde, daß die Blinden einer anderen Art der Erklärung ihres letzten Willens als der mündlichen (testamentum nuncupativum in scripturam redactum) sich sollten bedienen können, wie denn auch Eisengrein als die Testamentsformen des Landrechts, deren Blinde sich möglicher Weise bedienen können, die erste und dritte (das mündliche Testament vor Gericht oder einer Gerichtsdeputation) und die vierte Form (das mündliche Privattestament) namhaft machte. Bei der Abstimmung der Bebenhäuser Kommission über diesen Antrag war Dr. Bozer gegen den von Eisengrein beantragten Beisatz, weil er meinte, daß er schon aus allgemeinen Auslegungsregeln folge. Dagegen war die Landschaft, Dr. Broll, mit dem Bedenken Eisengreins und dem von ihm beantragten Zusatz im allgemeinen einverstanden: „Dise Deklaration schade nichtt, daß man der Coecorum halb, so reden khenden, auch setzen möchte, quod possint testari secundum formulas des Landtrechtens, modo non adstricti sint ad certas juris municipalis formulas: primam vel tertiam." Die beiden weiteren Votanten erklärten sich einfach mit Dr. Broll einverstanden und heißt es dann am Schlusse des Protokolls: „Jgitur correctum est im Concept." Nun könnte man zwar versucht sein, aus dem von dem Antrage Eisengreins abweichenden Votum des Dr. Broll und den Worten desselben „modo non adstricti sint ad certas juris municipalis formulas", welchem Votum die folgenden Votanten beigestimmt haben, den Schluß zu ziehen, daß somit nach der Ansicht der Mehrheit der Kommission die Blinden an keine bestimmte Form gebunden werden, demgemäß sich auch der schriftlichen Testirformen des Landrechtes sollten bedienen können. Allein die fraglichen Worte in dem Votum des Dr. Broll sollten ihrem Zusammenhange nach offenbar

Digitized by Google

nur eine Fassungsbemerkung gegen einen Theil des von Eisengrein beantragten Zusatzes sein und, indem der Votant meinte, es sollte eine Beschränkung auf gewisse Testamentsformen nicht ausgesprochen werden, nicht weiter bezwecken, als eine Weglassung der von dem Referenten beantragten Aufzählung der für Blinde brauchbaren Testamentsformen, wohl nur aus dem Grunde, weil man ein solches Detail in dem Gesetzbuche für minderpassend erachtete. Zu der Folgerung, daß der Grund und Zweck jener beiläufigen und ganz unmotivirten Bemerkung für den Votanten darin gelegen habe, daß er auch die gemeinrechtliche Bestimmung über die Nothwendigkeit der mündlichen Willenserklärung blinder Testirer habe geändert wissen wollen, fehlt es an einem genügenden Anhaltspunkte. Denn in den Verhandlungen über die Redaktion des dritten Landrechts ist allein von einer Relaxation der Solennitäten, der Zierlichkeiten des gemeinen Rechtes, bei Blindentestamenten die Rede, von dem Gedanken an eine so wichtige Gesetzesänderung, wie die Verlassung des Princips der mündlichen Testirart der Blinden findet sich keine Spur und es konnte doch wohl, da das gemeine Recht in unbestimmt gelassenen Punkten der Partikulargesetzgebung ergänzend einzutreten hat, nicht die Meinung der Redaktoren des Landrechts sein, durch Stillschweigen über eine gemeinrechtliche Bestimmung deren Abänderung herbeizuführen. Daß in dem Gesetze selbst die fragliche Abänderung des gemeinen Rechtes keinen Ausdruck gefunden hat, ist oben ausgeführt worden. Auch die Landrechtsbestimmung über Kodizille Thl. III, Tit. 26, §. 1, worüber die Vorarbeiten zum Landrecht Aufschluß geben,[135] kann nicht dafür geltend gemacht werden, daß die Blinden zu der schriftlichen und mystischen Testirart zugelassen seien (anstatt näherer Ausführung wurde dießfalls auf die Ausführung des Richters zweiter Instanz Bezug ge-

[135] Faber und Schloßberger a. a. O. S. 457.

Digitized by Google

nommen).[136] Der Auslegung des Landrechts, daß daſſelbe die gemeinrechtliche Beſtimmung über die Beſchränkung blinder Perſonen auf die mündliche Teſtirart habe aufrecht erhalten wollen, ſind denn auch von jeher die angeſehenſten Rechtslehrer des württembergiſchen Privatrechts zugethan geweſen.[137] Es iſt daher die gemeinrechtliche Beſtimmung

[136] Das Landrecht Thl. III, Tit. 26, §. 1 beſagt, wenn Jemand ein Kodizill errichten wolle, „mag er ſolches neben einem vor- oder nachgehendem Teſtament, oder ohne einich Teſtament, vor fünff (oder ſo ein Blinder ein Codicill auffrichten will, vor ſechs) taugenlichen, auch ohnerbettenen Zeugen, Manns- oder Frawen-Perſonen, ſchriftlich oder mundtlich, ohne weittere Solennitäten oder Zierlichkeit der Rechten, wol thun ꝛc.“ Hierüber beſagen die Entſcheidungsgründe des Gerichtshofes zu Eßlingen, welcher ſich gleichfalls dafür ausgeſprochen hat, daß ein Blinder nicht ſchriftlich teſtiren könne: „Noch könnte man etwa aus der Beſtimmung des Landrechts Thl. III, Tit. 26, §. 1 bezüglich der Kodizille von Blinden den Schluß ziehen wollen, daß hier den Blinden geſtattet werde, ihre Kodizille, abweichend von der Vorſchrift des gemeinen Rechtes (Notariatsordnung von 1512 Tit. II, §. 11) mündlich oder rein ſchriftlich zu errichten und daß deßhalb auch bei den Teſtamenten das Landrecht vom gleichen Grundſatze ausgehe. Allein, wie die Vergleichung mit Eiſengreins Relation (die Vorarbeiten S. 457) ergiebt, iſt der Abſchnitt bezüglich der Blindenkodizille, welcher urſprünglich nach Form und Inhalt anders lautete, erſt von Enzlin, ſeiner Veränderung bei dem Blindenteſtamente entſprechend, korrigirt und nur Kürze halber in Parentheſe beigeſetzt worden, ſo daß die Worte innerhalb der Klammern, „oder ſo ein Blinder ein Codizill auffrichten will, vor ſechs“ ſich lediglich auf die Zahl der Zeugen, nicht auf den weiteren Kontext beziehen.

[137] Berufen wurde ſich auf Lauterbach, Coll. Pand. Lib. XXVIII, Tit. 1, §. 35; idem, Dissert. supra cit.; Hochstetter, Annotat. ad Jus provinc. Württemb. p. 229; Plebst, Dissert. S. 231; Grieſinger, Komm. zum Landrecht Bd. V, S. 22; Reinhardt, Komm. Bd. II, S. 17, Note 6; Bolley, 33 Aufſätze, S. 412, welch' beide letzteren jedoch zunächſt von einer anderen Frage reden. Der entgegengeſetzten Anſicht, daß nach württemb. Rechte Blinde auch ſchriftlich teſtiren können, ſind Besold, Different. S. 111; Reyſcher, Württ. Privatrecht, §. 642, Ziff. 4, Note 17; vergl. auch unten Note 138.

wonach blinde Personen nur mündlich in giltiger Weise testiren können, als auch in Württemberg in Kraft befindlich zu betrachten.

Entscheidung des Obertribunals vom 15. Juni 1867 in der Appellationssache D. u. Gen. c. Frhr. v. St.

Da die Frage, ob nach württembergischem Rechte ein Blinder nur mündlich oder auch schriftlich testiren könne, bei dem Obertribunal vor diesem nicht zur Entscheidung gekommen ist, so wird es bei der unbestreitbaren Zweifelhaftigkeit dieser Frage von Interesse sein, wenn in Folgendem auch die, obwohl nur kurz skizzirte, Begründung eines abweichenden Votum mitgetheilt wird. Diese Begründung ging dahin:

„Nach Landrecht Thl. III, Tit. 2, §. Also auch ꝛc. ist den Blinden, welche nicht zugleich stumm sind, gestattet, „nach einer oder andern biß Vnsers Landrechtens, jhnen bequemen Form, ohne weittere Zierlichkeit gemeiner Rechten" zu testiren, nur daß bei eines Blinden Testament „allwegen noch ein Zeug weitter seye, dann in nachfolgenden gemeinen Formen erfordert werden." Der Wortlaut dieser Stelle läßt keinen gegründeten Zweifel darüber zu, daß der Blinde, welcher nicht zugleich stumm ist, in der Wahl der verschiedenen, im folgenden Titel aufgeführten landrechtlichen Testamentsformen gesetzlich nicht beschränkt sein und daß er einer Beschränkung nur in so fern unterworfen werden sollte, daß bei seinem Testament die Zuziehung eines weiteren Zeugen erforderlich sei. Unter den Worten „jhnen bequemen Form" ist der Wortbedeutung nach jede Form zu verstehen, deren gesetzliche Formalitäten der testirende Blinde zu erfüllen im Stande ist. Daß der Sinn der Stelle kein anderer ist, wird durch die Art und Weise, wie diese Bestimmung in das dritte Landrecht gekommen ist, bestätigt. Die Eisengrein'sche Relation besagt: Aus dem schon im zweiten Landrecht stehenden Satze, daß Blinde, welche nicht reden können, zu testiren unfähig seien, könnte man kraft des argumentum a contrario zu folgern versucht

Digitized by Google

sein, daß Blinde, welche reden können, nach den Formen des Landrechts zu testiren befugt seien. Diese Argumentation wäre aber falsch, weil durch die neuen generellen Gesetzesbestimmungen über die Testamentsformen überhaupt nicht auch die nach dem früheren Recht bestehenden Ausnahmen aufgehoben worden seien. Um daher einer Seits dieser unrichtigen Argumentation zu begegnen, anderer Seits aber die Blinden von den für sie festgesetzten überflüssigen Förmlichkeiten des gemeinen Rechtes zu entbinden, werde die ausdrückliche Zusatzbestimmung vorgeschlagen: daß dem Blinden, der nicht zugleich stumm, gestattet sei „nach Außweisung deren hieunden in vnseren Landtrechten Tit. — gesetzten Ersten, Dritten vnd Viertten Form" zu testiren. Eisengrein war also der Ansicht, daß es einer ausdrücklichen Bestimmung bedürfe, wenn man auch dem Blinden gestatten wolle, nach den Formen des Landrechts zu testiren; er war ferner der Ansicht, daß dieß auch dem Blinden gestattet werden solle, aber nur mit der Beschränkung auf die erste, dritte und vierte Form. Bei der Berathung der Relation in Bebenhausen war Bozer gegen die von Eisengrein vorgeschlagene Zusatzbestimmung; er war der Ansicht: aus dem Satze, daß Blinde, welche nicht reden können, zu testiren unfähig seien, ergebe sich klar, daß Blinde, die reden können, sowohl nach der Form des gemeinen Rechtes, als nach den Formen des Landrechts testiren dürfen, und hiebei wollte es Bozer belassen. Er wollte also namentlich von der von Eisengrein vorgeschlagenen Beschränkung auf die erste, dritte und vierte Form nichts wissen. Die drei andern Votanten waren mit Bozer in Betreff der Auslegungsfrage nicht einverstanden, sondern traten in dieser Hinsicht der Ansicht von Eisengrein bei, daß nämlich, wenn der Paragraph unverändert gelassen würde, aus demselben folgen würde, daß Blinde, welche reden können, nur in der Form der l. 8 Cod. cit. testiren könnten. Sie waren aber, was die Sache selbst betrifft, gleichfalls dafür, daß man auch das Testament des redefähigen Blinden von den Fes-

Digitized by Google

seln des gemeinen Rechtes befreien und ihm gestatten sollte, nach den Formen des Landrechts zu testiren. Deßhalb waren sie für den von Eisengrein vorgeschlagenen ausdrücklichen Zusatz, nur mit der Abweichung, daß die Blinden nicht, wie Eisengrein wollte, auf bestimmte einzelne Formen des Landrechts beschränkt, sondern daß die Formen des Landrechts unbeschränkt auch auf sie angewendet werden sollten. Die Worte „modo non adstricti sint ad certas juris municipalis formulas: primam vel tertiam" lassen ohne Zwang keine andere Auslegung zu, als daß der Votant in dieser Beziehung von dem Eisengrein'schen Antrag abweichen wollte. Die drei letzten Votanten waren mit Eisengrein gegen Bozer darin einverstanden, daß es einer ausdrücklichen Bestimmung bedürfe; sie waren aber mit Bozer gegen Eisengrein für unbeschränkte Zulassung der landrechtlichen Formen. Nach dem Resultate der Abstimmung wären also Blinde, welche reden können, in Absicht auf die Fähigkeit, nach den verschiedenen Formen des Landrechts zu testiren, den anderen testirfähigen Personen vollkommen gleichgestellt gewesen und hievon wurde bei der schließlichen Redaktion des Landrechts nur die Aenderung getroffen, daß zum Testament des Blinden, der reden kann, die Zuziehung eines weiteren Zeugen erforderlich sei." [138]

Diese letztere Ansicht dürfte Vieles für sich haben, so scharfsinnig auch die in der mitgetheilten Entscheidung des Obertribunals adoptirte Ansicht begründet worden ist. Sieht

[138] Berufen wurde sich für die in obigem Votum vertheidigte Ansicht auch auf C. G. v. Wächter in dessen ungedruckten Vorlesungen über württemb. Privatrecht von 1832 §. 204: „Will ein Blinder nach der württemb. gerichtlichen Form testiren, so kann er dieß ohne Vermehrung der Formalitäten; will er aber ein landrechtliches Privattestament errichten, nach der vierten oder fünften Form, so muß er statt fünf Zeugen sechs zuziehen und das Gleiche ist der Fall, wenn er nach der sog. siebenten Form testirt. Uebrigens kann er auch nach römischem Rechte privatim testiren, dann muß er aber die Formen des gemeinen Rechtes beobachten."

Digitized by Google

man zunächst auf den Wortlaut des Gesetzes, so ist die in der Obertribunalentscheidung angenommene Ansicht nur dadurch haltbar, daß man auf die Worte „ihnen bequemen Form" ein entscheidendes Gewicht legt und dieselben dahin übersetzt „ihnen nach gemeinem Rechte überhaupt gestatteten, d. h. mündlichen Form". Nun dürfte aber diese Worterklärung schon an sich gewagt sein; es kommt aber hinzu, daß sich nicht wohl einsehen läßt, warum denn, wenn die Absicht wirklich dahin gegangen wäre, die Blinden auf die mündliche Testamentsform zu beschränken, dieß nicht geradezu gesagt worden sein sollte, und es erscheint dieses Bedenken um so gewichtiger, als bezüglich der Stummen die Beschränkung derselben auf die schriftliche und zwar die holographe Form ausdrücklich beigefügt worden ist. Zieht man weiter in Betracht, daß für blinde Testirer ein ähnlicher beschränkender Beisatz, nämlich die Beschränkung auf die erste, dritte und vierte Landrechtsform, also auf die mündlichen Testamentsformen, von Eisengrein beantragt worden war, dieser Beisatz aber mit den Worten: „non adstricti sint ad certas juris municipalis formulas" abgelehnt worden ist, so scheint für die Annahme, daß demungeachtet die fragliche Beschränkung beabsichtigt worden, kaum noch Raum zu bleiben. Der Erklärungsversuch, es sei der von Eisengrein beantragte Beisatz nur darum abgelehnt worden, weil man ein solches Detail in dem Gesetzbuche für minder passend erachtet haben möge, dürfte nicht befriedigen, und scheint zudem mit den Worten „non adstricti sint" nicht vereinbar, da diese eine andere Deutung nicht wohl zulassen, als die Blinden, so reden können, „sollen nicht gebunden sein" an gewisse Landrechtsformen. Wäre die Meinung gewesen, es solle die Beschränkung der Blinden auf gewisse Landrechtsformen im Gesetze nur nicht ausgesprochen werden, während in Wirklichkeit die Beschränkung doch gewollt worden wäre, so hätten die kategorischen Worte „non adstricti sint" nicht gebraucht werden können. In der That ließe sich aber auch ein einem weisen Gesetzgeber zu unter-

Digitized by Google

ſtellender Grund nicht einſehen, warum denn, wenn ſachlich Einverſtändniß mit dem Eiſengrein'ſchen Antrag vorhanden geweſen wäre, deſſen Ablehnung und damit die Verſchweigung einer ſo weſentlichen Beſchränkung bezüglich der den Blinden geſtatteten Teſtamentsformen hätte beliebt werden ſollen. Es wäre ein ſolches, einem Geſetzgeber ohne zwingende Gründe nicht zu unterſtellendes Verfahren um ſo ſchwerer zu begreifen, als die bezüglich des Inhalts der landrechtlichen Beſtimmungen hervorgetretenen Meinungsverſchiedenheiten dringenden Anlaß gaben, durch eine klare und unzweideutige Beſtimmung jeden Zweifel zu beſeitigen. Eiſengrein hatte in ſeiner Relation darauf aufmerkſam gemacht, daß das zweite Landrecht das Mißverſtändniß zulaſſe, als ob den Blinden, die reden können, das Teſtiren nach den Formen des Landrechts zugelaſſen wäre. Sein Antrag ſollte ausgeſprochenermaßen dieſem Mißverſtändniſſe begegnen und die Blinden auf die mündlichen Teſtamentsformen des Landrechts beſchränken. Dieſem entgegen war Dr. Bozer der Anſicht, daß dasjenige, was Eiſengrein als ein mögliches Mißverſtändniß des zweiten Landrechts bezeichne, gerade der Sinn deſſelben ſei, nämlich daß Blinden, ſo reden können, freiſtehe, nach den Formen des gemeinen Rechtes oder nach den Formen des Landrechts (alſo ohne Beſchränkung auf beſtimmte Teſtamentsformen) zu teſtiren und hiebei wollte er es belaſſen, ohne daß er einen dießfälligen Beiſatz für nöthig erachtete. Dr. Broll (die Landſchaft) aber war der Anſicht, daß der Sinn des zweiten Landrechts keineswegs ſo unzweifelhaft ſei, indem man (bei dem Schweigen des Landrechts) dafür halten könnte, es ſei den Blinden, ſo reden können, nur nach den gemeinrechtlichen Formen zu teſtiren zugelaſſen. Dieſe Anſicht ſei aber nicht zu billigen und daher die Aufnahme einer dieſe Zweifel beſeitigenden Beſtimmung dahin erforderlich, daß Blinde auch nach den Formen des Landrechts ſollen teſtiren können und zwar „non adstricti ad certas juris municipalis formulas.“ Bei dieſem Hergange läßt ſich nun

Digitized by Google

doch nicht wohl annehmen, daß, wenn eine Beschränkung auf die mündlichen Testamentsformen beabsichtigt worden wäre, dieselbe absichtlich unausgesprochen geblieben sein würde, und zwar nur etwa deßhalb, weil man ein solches Detail in dem Gesetzbuche für minder passend erachtet habe, während doch die Festsetzung dieses Details, d. h. der Formen, in welcher Blinde, Stumme und Taube sollen testiren können, eben den Vorwurf des Gesetzes bildete.

Auch vom gesetzgeberischen Standpunkte dürfte ein gegründetes Bedenken nicht entgegenstehen, den Blinden, welche sprechen können, die Errichtung auch eines schriftlichen Testamentes nachzulassen, wie dieß ja nach gemeinem und württemb. Rechte auch denjenigen, welche aus einem anderen Grunde, als wegen Blindheit, nicht lesen können, gestattet ist, obwohl für diese eine Schrift so ziemlich dieselbe Bedeutung hat, wie für einen Blinden, und sie dießfalls in gleicher Weise auf die Ehrlichkeit derjenigen vertrauen müssen, welche das Testament niederschreiben und beziehungsweise ihnen vorlesen. Auch kann einem Blinden sehr daran gelegen sein, seinen letzten Willen nur gewissen ihm nahe vertrauten Personen wissen zu lassen und es scheint kein zureichender Grund vorhanden, ihm die Möglichkeit, in solcher Weise zu testiren, abzuschneiden, nebendem, daß es heutzutage der Blinden Manche gibt, welche selbst schreiben können, bezüglich dieser aber ein stichhaltiger Grund des Ausschlusses von der schriftlichen Testamentsform ohnedieß nicht vorzuliegen scheint.

Was die neueren Gesetzgebungen betrifft, so können allerdings nach dem preußischen Landrecht Thl. I, Tit. 12, §. 113 Blinde, gleichwie des Lesens und Schreibens unerfahrene Personen, nur mündlich testiren; sie können nach §. 114 zwar einen schriftlichen Aufsatz dem Gerichte übergeben, aber nur offen und er muß ihnen von dem Richter vorgelesen werden. Auch das französische Recht enthält im Art. 978 des Code civil die Bestimmung, daß alle Diejenigen, welche nicht lesen können, somit auch die Blin-

Digitized by Google

den, kein mystisches Testament machen können. Nach dem österreichischen Rechte dagegen kann Jeder, welcher zu schreiben fähig ist, also, da eine Ausnahme nicht gemacht ist, auch der Blinde, wenn er schreiben kann, nach Vorschrift des §. 578 des bürgerlichen Gesetzbuches schriftlich testiren und zwar, wenn er den Aufsatz eigenhändig schreibt und unterschreibt, selbst ohne Zeugen. Kann der Blinde nicht schreiben, so kann er zwar den Aufsatz nach Maßgabe der §. 579 und 580 durch einen Anderen schreiben lassen, allein der Aufsatz muß, wie in allen Fällen, wenn der Testator nicht lesen kann, nach §. 581 von einem Zeugen in Gegenwart der anderen Zeugen, die den Inhalt eingesehen haben, sich vorlesen lassen und vor diesen Zeugen als seinen Willen bekräftigen.[139] Nach dem sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche §. 2071 können Blinde zwar nur gerichtlich einen letzten Willen errichten, allein weiter sind dieselben nicht beschränkt und es kann daher die Errichtung des letzten Willens eines Blinden nach Maßgabe der §§. 2092 ff. auch durch Uebergabe einer offenen oder verschlossenen schriftlichen Urkunde an das Gericht erfolgen.

23) Rogation der Testamentszeugen; Beweis durch die Testamentsurkunde.

Darüber, daß ein unter Mitwirkung eines Notars verfaßtes Testament, in welchem die Rogation als geschehen aufgeführt wird, geeignet ist, hiefür vollen Beweis zu liefern, sind die Schriftsteller einig.[140] Der Grund, welcher hiegegen angeführt wird, daß der Notar die Zeugen nicht selbst zusammen berufe, diese Berufung daher auch nicht bezeugen könne, ist deßhalb nicht stichhaltig, weil zu einer giltigen Rogation auch die bloße Genehmigung derselben

---

[139] Vergl. Stubenrauch, Kommentar Bd. II, S. 337; Unger, österr. Privatrecht Bd. VI, S. 46.

[140] Glück, Komm. Forts. v. Fein Bd. XLV, S. 52, Note 17; Strippelmann, Entsch. Bd. IV, S. 260.

Digitized by Google

durch den Testirer genügt,[141] diese aber unter allen Umständen von dem Notar bezeugt werden kann.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Juni 1862 in der Appellationssache H. c. S.

24) Identität des Testators.

Es ist in den Gesetzen nirgend vorgeschrieben, daß ein Notar in den von ihm aufgenommenen Urkunden die Identität der dieselben errichtenden Personen mit ausdrücklichen Worten zu konstatiren und weiter zu beurkunden habe, auf welche Weise er zu der Ueberzeugung von der Identität gelangt sei. Bezüglich der Testamente insbesondere enthalten die Gesetze zwar Vorschriften über das, was der Notar bei Verfertigung von Testamenten solcher Personen, welche ihm und den Zeugen gänzlich unbekannt sind, zu beobachten hat, erwähnen aber des Erfordernisses der ausdrücklichen Beurkundung der Identität in der Urkunde selbst mit keinem Worte.[142] Es kann also auch einem Testamente, in welchem die gedachten Beurkundungen fehlen, aus diesem Grunde die Rechtsbeständigkeit nicht abgesprochen werden. Sache Desjenigen, welcher ein Testament deßhalb anfechten will, ist es, die Identität der testirenden Person zu bestreiten, und wenn sie bestritten wird, muß solche allerdings von dem, der Rechte aus dem Testamente ableitet, bewiesen werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 17. Juni 1862 in der Appellationssache H. c. S.

Dieser Beweis kann aber durch die allgemeinen Beweismittel geführt werden.

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Mai 1866 in der Appellationssache R. c. M.

---

[141] Glück, Komm. Bd. XXXIV, S. 291; Griesinger, Komm. Bd. V, S. 291; Strippelmann, a. a. O. S. 243.

[142] Generalreskript vom 13. Nov. 1788 (Kapff, Sammlung ꝛc. S. 370) Notariatsordnung von 1808 §. 18.

Digitized by Google

25) Beweis des wahren Willens des Testirers gegen die klaren Worte des Testamentes.

Sind die Worte einer testamentarischen Bestimmung klar und unzweideutig, so ist zwar der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen, daß jene Worte den wahren Willen des Testirers nicht hinter sich haben, es muß aber dieser Gegenbeweis der Erklärung des Testirers gegenüber, daß jene Worte seinen wahren Willen enthalten, die selbstständige Thatsache einer Irrthümlichkeit der Willenserklärung des Testirers, mithin eine Thatsache zum Gegenstand haben, welche zum indirekten Gegenbeweise gehört. Es wird daher der durch die Testamentsurkunde gelieferte Beweis nicht schon durch eine für einen gegentheiligen Willen des Erblassers beigebrachte Vermuthung, sondern nur durch den vollen Beweis entkräftet, daß der Testirer anders gewollt als seine Worte besagen, mithin in seiner Erklärung, daß die Testamentsurkunde seinen wahren letzten Willen enthalte, sich geirrt habe. Diese Auffassung wird durch die Gesetze bestätigt, indem in l. 69 pr. D. de leg. III vorgeschrieben ist: „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est, aliud sensisse testatorem", und in l. 25, §. 1 D. eod. in Bezugnahme auf letztwillige Verordnungen sogar die Worte gebraucht werden: „quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio", womit zwar kein völliger Ausschluß des Gegenbeweises, dessen Statthaftigkeit in andern Stellen anerkannt wird, aber eine wenigstens nur ausnahmsweise Berücksichtigung und strenge Beurtheilung des fraglichen Gegenbeweises angeordnet ist. [143]

Entsch. des Obertribunals vom 25. Oktober 1861 in der Appellationssache G. c. M.

---

[143] Uebereinstimmend ist eine Entscheidung des OAG. zu Lübeck vom 28. Februar 1825 mitgetheilt von Seuffert, Archiv Bd. VII, Nro. 67.

Digitized by Google

26) Entziehung einer Erbschaft wegen Unwürdigkeit des Erben aus dem Grunde fahrlässiger Tödtung des Erblassers durch Mißhandlung.

Nach den Bestimmungen des römischen Rechtes[144] kann dem Erben die Erbschaft wegen Unwürdigkeit entzogen werden, wenn er den Tod des Erblassers verschuldet hat, und die Meisten nehmen an, daß die Entziehung stattfinde, ob der Tod des Erblassers durch Vorsatz oder durch Fahrlässigkeit des Erben herbeigeführt worden sei,[145] während Andere die Entziehung der Erbschaft auf den Fall der vorsätzlichen Tödtung des Erblassers durch den Erben beschränken.[146] Auch in den deutschen Gesetzgebungen sind beide Ansichten vertreten, indem das preußische Landrecht Thl. I, Tit. 12, §. 599 den Erben der Erbschaft für unwürdig erklärt, wenn er durch Vorsatz oder grobes Versehen den Tod des Testators verursacht hat, während das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen §. 2277 nur Denjenigen, welcher den Erblasser vorsätzlich getödtet, des Erbrechts für unwürdig erklärt. Mit letzterem stimmt das österreichische allg. bürgerliche Gesetzbuch §. 540 in so fern überein, als dasselbe gleichfalls nur im Falle einer vorsätzlichen Verletzung des Erblassers den Erben für unwürdig des Erbrechts erklärt, allein es knüpft diese Folge nicht blos an

---

[144] l. 3 D. de his, quae ut indignis (34, 9); „Indignum esse Divus Pius illum decrevit (ut et Marcellus lib. 12 digestorum refert), qui manifestissime comprobatus est, id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur.“ — cf. cst. 10 Cod. de his, quibus ut indignis (6, 35).

[145] Lauterbach, Coll. Pand. Lib. XXXIV, Tit. 9, §. 2; Malblanc, princ. jur. rom. §. 757, I, 2; Thibaut, Pand. (8. Ausg.) §. 990; Mühlenbruch, Pand. Bd. III, §. 791, Note 3; Brinz, Pand. §. 206; Puchta, Pand. §. 559; Arndts, Pand. §. 520 Anm.; Bangerow, Pand. Bd. II, §. 565, S. 679; Sintenis, Civilrecht Bd. III, §. 205, Note 9.

[146] Keller, Inst. S. 390; Derselbe, Pand. §. 593; Roßhirt in der Note a zu §. 598 von Puchta's Pandekten; Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. XXIII, S. 52, Note 33.

Digitized by Google

die vorsätzliche Tödtung des Erblassers, sondern an jede vorsätzliche Verletzung desselben an Ehre, Leib oder Vermögen, wegen welcher von Amtswegen oder auf Verlangen des Verletzten nach den Strafgesetzen verfahren werden kann.

Ueber die Auslegung der betreffenden Gesetzesstellen des römischen Rechtes hat sich das Obertribunal in einem Falle, wo der Tod des Erblassers in Folge schwerer körperlicher Mißhandlung durch den Erben eingetreten und anzunehmen war, daß der Erbe diese tödtliche Wirkung als wahrscheinliche Folge seiner Gewaltthätigkeit vorhersehen konnte, wenn auch seine Absicht nicht direkt darauf gerichtet sein mochte, folgendermaßen ausgesprochen:

Die l. 3 D. de his quae ut indignis (34, 9) erklärt des Erbschaftsbesitzes Denjenigen für unwürdig, qui manifestissime comprobatus est, id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur. Mit Unrecht würde man diese Bestimmung auf den Fall beschränken, wenn der Erbe den Tod des Erblassers mit direkter Absicht, ihn herbeizuführen, verursacht hat, was sich mit kurzen Worten und ungleich einfacher, als hier geschehen, hätte ausdrücken lassen, wie dieß z. B. in andern Gesetzesstellen, welche den Fall einer absichtlichen Herbeiführung des Todes eines Erblassers besprechen wollten, mit den wenigen Worten geschehen ist „si cognatum suum interimi curaverit“ — „si neque dolo malo tuo maritum necatum . . . probari confidis“ l. 7, §. 4 D. de bonis damnatorum (48, 20); cst. 10 Cod. de his quibus ut indignis (6, 35). Indem in der vorerwähnten Gesetzesstelle ausdrücklich eine Wechselbeziehung zwischen dem Tode des Erblassers und einer bloßen Verschuldung des Erben an dem Tode des Erblassers als entscheidend vorausgesetzt wurde, — wenn der Erblasser durch die Nachlässigkeit und Verschuldung des Erben gestorben war (si per negligentiam et culpam suam moreretur), — so war hiemit ohne Zweifel eine solche Handlung mit tödtlichem Erfolge gemeint,

Digitized by Google

welche in Absicht auf Zurechnung auf eine wesentlich fahrlässige Willensstimmung zurückzuführen ist, nicht aber eine Handlung, wobei die bewußte Absicht zu tödten die Triebfeder des Handelnden war. Wollte man der gedachten Stelle wegen der Worte: „id egisse, ut“ die letztere Deutung geben, so würde der ganze Satz einen innern Widerspruch enthalten, oder würden die Worte „per negligentiam et culpam heredis mori“ müssig dastehen, was nicht angenommen werden darf, oder könnte man die Stelle auf den Fall zu beziehen gemeint sein, wenn der Erbe etwa den verfrühten Tod des Erblassers durch Unterlassungshandlungen (per negligentiam) absichtlich herbeigeführt habe, wozu aber der gewöhnliche Sinn, welcher mit den Worten negligentia et culpa zu verbinden ist, nicht berechtigt. Dagegen lassen die Worte „id agere, ut“ in diesem Zusammenhange ohne Zwang die Deutung zu: wer überwiesen sei, dahin gewirkt, oder es so getrieben zu haben, daß durch seine Nachläßigkeit und Schuld der Tod des Erblassers erfolgte, — was keineswegs den Sinn mit sich bringt, daß direkt der Wille, den Tod des Erblassers herbeizuführen, die Absicht zu tödten vorhanden gewesen sein müsse, wohl aber genau auf einen Fall, wie der vorliegende, paßt, wenn Absichtlichkeit bei Begehung einer gegen die Person des Erblassers gerichteten und denselben gefährdenden Handlung mit einer, was den eingetretenen tödtlichen Erfolg betrifft, fahrlässigen Willensstimmung zusammentrifft, auf den Fall, wenn eine Mißhandlung beabsichtigt und der Tod hiedurch zwar nicht absichtlich herbeigeführt wurde, diese Folge jedoch von dem Handelnden hätte vorhergesehen werden sollen und hätte in Rechnung genommen werden können (culpa dolo determinata). Der von Einzelnen vertheidigten entgegengesetzten Auslegung der gedachten Gesetzesstelle steht die Auffassung der überwiegenden Zahl anerkannter älterer und neuerer Rechtslehrer entgegen, und wenn man auch die Mehrdeutigkeit der fraglichen Gesetzesstelle zugibt, so hat man doch um so mehr Grund, derjeni-

Digitized by Google

gen Auslegung den Vorzug zu geben, welche mit der in der Doktrin allgemein hergebrachten übereinstimmt, als es dem natürlichen Rechtsgefühle widerstreitet, wenn nach der andern Auslegung selbst Derjenige, welcher den Tod seines Erblassers durch die empörendste Mißhandlung verschuldet hat, gleichwohl unangefochten sich in den Besitz der Verlassenschaft desselben sollte setzen dürfen. — Auf den Grund dieser Auslegung des Gesetzes wurde in dem oben gedachten Falle in der dem Erben erwiesener Maßen zur Last fallenden Verschuldung an dem, in Folge seiner Mißhandlung erfolgten, Tode seines Erblassers hinreichender Grund gefunden, um demselben die Erbschaft wegen Unwürdigkeit zu entziehen und ihn zur Herausgabe derselben an die gesetzlichen Erben für verbunden zu erklären. Nach römischem Rechte tritt zwar in einem Falle dieser Art die Entziehung der Erbschaft zu Gunsten des Fiskus ein; durch den Art. 20 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839, die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen betreffend, ist jedoch das Nachfolgerecht des Fiskus in Erbschaften, deren der Erbe als unwürdig verlustig geworden, soweit es bis dahin bestanden hatte, aufgehoben worden und es hat daher die Exception zu Gunsten der gesetzlichen Erben einzutreten.

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Juni 1866 in der Appellationssache G. gegen H.

27) Fideicommissarische Erbeinsetzung; Vorabsterben der Fiduciarerben.

Es gilt als gesetzliche Regel, daß eine fideikommissarische Erbeinsetzung durch das Vorabsterben der Fiduciarerben hinfällig wird. [147] Von dieser Regel findet beim Soldatentestamente eine Ausnahme statt, indem, wenn der direkte

---

[147] §. 2 J. de lege falc. (2, 22); pr. §. 7 J. de hered. quae ab intest. (3, 1); l. 181 D. de R. J. (50, 17); l. 12, §. 5, D. de bonis libert. (28, 2); l. 73 pr. D. ad leg. falc. (35, 2); Sintenis, Civilrecht Bd. III, S. 475; Vangerow, Pand. Bd. III, S. 232. Württ. Landrecht Thl. III, Tit. 20, §. Nicht weniger.

Digitized by Google

oder der Fiduciarerbe vor dem Erblasser oder vor der Erbschaftsantretung stirbt, nicht die Intestaterbfolge eintreten, sondern der Fideikommissar nur als direkter Erbe angesehen und die Erbschaft erhalten solle,[148] eine Bestimmung, welche nur auf der Ansicht beruhen kann, daß es in dem Willen des Testirers liege, dem Fideikommissar unter allen Umständen den Nachlaß zuzuwenden, und daß daher dieser Wille zu erfüllen sei, weil Soldatentestamente so bevorzugt sind, daß auf sie die für die Testamente von Nichtsoldaten hinsichtlich der Form und des Inhalts bestehenden gesetzlichen Vorschriften keine Anwendung finden. Diese Ausnahme beim Soldatentestament wurde durch die l. 14, D. de test. militis auch auf Testamente von Nichtsoldaten auf den Fall übertragen, wenn der Testirer von dem Vorabsterben des direkten Erben oder Fiduciars keine Kenntniß erhielt, während, wenn er den Tod desselben erfuhr, es bei der Regel, daß das Testament destituirt werde, verblieb. Auch dieser gesetzlichen Bestimmung liegt die Ansicht zu Grunde, der Testirer habe dem Fideikommissar seinen Nachlaß zuwenden wollen, möge der Fiduciar vor oder nach ihm sterben, während die Bestimmung, daß, wenn der Testirer den Tod des Fiduciars kannte, es bei der gesetzlichen Regel verbleiben solle, nur auf der Annahme beruhen kann, daß, weil in diesem Falle der Testirer es wußte, daß sein Testament nichtig sei und Niemand daraus Erbe werden könne, er, wenn er diese Folge vermeiden wollte, ein neues Testament hätte machen können, also in diesem Falle ein dem früheren Willen entgegengesetzter Wille desselben angenommen wird. [149]

Entscheidung des Obertribunals vom 30. Mai 1866 in der Appellationssache R. c. M.

---

[148] l. 13, §. 4, D. de test. militis (29, 1).

[149] Sintenis, Civilrecht Bd. III, S. 739; Seuffert, Pand. §. 645, Z. 2 a; Puchta, Vorles. ad §. 554; Arndts, Pand. §. 587.

Digitized by Google

B. Prozeß.

28) Zur Grenzbestimmung der Kompetenz der Civil- und Verwaltungs-Justizbehörden bei Wasserrechtsstreitigkeiten; Streit über die Benützung des aus einem öffentlichen Bache in einen Wässerungsgraben abgeleiteten Wassers.

Ein Bach, das Huttenbächle genannt, wurde seit lange zur Wässerung der an seinen Ufern liegenden Wiesen benützt, und es bestanden zu diesem Zwecke verschiedene Wässerungsgräben, durch welche das Wasser aus dem Huttenbächle auf die Wiesen geleitet wurde. Ueber die Benützung des Wassers einer dieser Wässerungsgräben entstand Streit zwischen den betreffenden Wiesenbesitzern, indem der Besitzer der oberhalb gelegenen Wiese alles in den fraglichen Wässerungsgraben geleitete Wasser ausschließlich zur Bewässerung seiner Wiese zurückhielt, während die Besitzer von drei unterhalb gelegenen Wiesen für diese die Mitbenützung des in dem Wässerungsgraben gefangenen Wassers in Anspruch nahmen. Dieser Streit wurde durch einen Vergleich vom 1. Juni 1843 geschlichtet, wodurch eine Theilung des Wassers nach Tagen festgesetzt wurde. Als in Folge neuer Streitigkeiten die Besitzer der unteren Wiesen auf Erfüllung dieses Vergleiches gerichtliche Klage gegen den Besitzer der obern Wiese erhoben, wandte der Beklagte ein, daß es sich um die Benützung des Huttenbächle zur Wiesenwässerung handle, das Huttenbächle aber ein öffentliches Wasser sei und für die Entscheidung von Streitigkeiten über Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern nicht die Civilgerichte, sondern die Verwaltungsjustizbehörden zu entscheiden haben. Dieser Einwand wurde nicht für gegründet erkannt, indem bemerkt wurde: Abgesehen davon, daß auch Streitigkeiten über Nutzungsrechte an öffentlichen Gewässern der administrativrichterlichen Kompetenz nur dann anheimfallen, wenn sie ihren Entstehungsgrund im

Digitized by Google

öffentlichen Recht haben und somit der Rechtsgrund des erhobenen Anspruchs als ein öffentlich rechtlicher sich darstellt, [150] handelt es sich hier nicht von einem Streite über die Benützung eines öffentlichen Wassers. Der von den Klägern erhobene Anspruch geht auf die Mitbenützung nur desjenigen Wassers, welches durch den die Wiese des Beklagten durchziehenden Wässerungsgraben gefangen wird, wie auch der Vergleich vom 1. Juni 1843, auf dessen Erfüllung geklagt wird, nur die Theilung des in diesem Wässerungsgraben gefangenen Wassers zum Gegenstand hatte. Dieses Wasser hat aber, wenn auch das Huttenbächle den öffentlichen Gewässern zuzuzählen sein sollte, durch seine Gefangenschaft in dem Wässerungsgraben seine öffentliche Eigenschaft jedenfalls verloren. Zwar hört ein öffentliches Wasser nicht schon durch jede Ableitung aus seinem natürlichen Bette auf, ein öffentliches zu sein, vielmehr behält dasselbe auch in diesem Falle dann seine öffentliche Eigenschaft, wenn es auch nach der Ableitung einen dem Laufe eines Baches oder Flusses ähnlichen Verlauf nimmt, wenn insbesondere nur der bisherige Lauf des Wassers durch die Ableitung verändert, nur dessen natürliches Bett mit einem künstlichen Bette oder Kanale vertauscht und das Wasser auch auf dem neuen Wege einem freien Ausflusse zugeführt wird, sei es daß solches, wie bei Mühl- oder Floßgräben, in denselben Fluß oder Bach zurückfließt, sei es, daß dasselbe in einen anderen Bach oder Fluß übergeleitet wird. [151] Wird dagegen das Wasser aus einem öffentlichen Flusse oder Bache auf ein Grundstück abgeleitet, um hier in Teichen, Cisternen, Röhren oder Gräben gefangen oder für haus- oder landwirthschaftliche Zwecke

[150] Dieses Archiv Bd. VI, S. 253 ff.; Seuffert, Archiv, Bd. XIV, Nro. 247.

[151] Börner, im Archiv für civ. Praxis Bd. XXXVIII, S. 179, 376; Hesse in Iherings Jahrb. Bd. VII, S. 196; dieses Archiv Bd. I, S. 263, 269, 273—275, Bd. II, S. 314, 315; Seuffert, Archiv Bd. XIV, Nro. 201.

Digitized by Google

verbraucht zu werden, wird das Waſſer insbeſondere, wie in vorliegendem Falle, in einen Wäſſerungsgraben geleitet, um zur Ueberrieſelung von Wieſen zu dienen, ſo hört dieſes ſo gefangene Waſſer auf, ein öffentliches zu ſein, da es mit ſeiner Gefangenſchaft die Bedingung der Eigenſchaft als eines öffentlichen Waſſers, den ſelbſtſtändigen Fortfluß in regelmäßigem Bette verloren und in Folge deſſen aufgehört hat, einen Theil oder Arm des Baches oder Fluſſes zu bilden, aus dem es genommen worden. [152] Indem die Beſitzer der unteren Wieſen mit dem Beſitzer der oberen Wieſe über die Benützung des in dem fraglichen Wäſſerungsgraben gefangenen Waſſers ſich verglichen haben, haben daher dieſelben nicht die im öffentlichen Rechte gegründete und von der Staatsgewalt abgeleitete Benützung eines öffentlichen Waſſers, alſo nicht ein öffentlich rechtliches Verhältniß unter ſich geregelt, ſondern lediglich privatrechtliche Anſprüche unter ſich feſtgeſtellt, und ein Streit hierüber gehört ebendaher nicht zur Kompetenz der Adminiſtrativ-Juſtizbehörden, ſondern es fällt derſelbe der civilrichterlichen Kompetenz anheim. Beklagter ſeits wird zwar geltend gemacht, daß das von den Klägern für ihre Wieſen angeſprochene Wäſſerungsrecht aus dem fraglichen Wäſſerungsgraben die künſtliche Ableitung des Waſſers aus dem Huttenbächle zur Vorausſetzung habe und daher ohne das Recht zu dieſer Ableitung rein illuſoriſch werden könnte, dieſes Recht ſomit den wahren Gegenſtand des Streites bilde. Allein ſo gewiß es iſt, daß die Ausübung des von den Klägern angeſprochenen Mitbenützungsrechtes des in dem Wäſſerungsgraben des Beklagten gefangenen Waſſers den Einfluß des Huttenbachwaſſers in dieſen Graben zur nothwendigen Bedingung hat und, wenn dieſe Ableitung aus irgend einem Grunde aufhören würde, hiemit der klägeriſche Anſpruch gegenſtandlos würde, ſo bildet den Gegenſtand der vorliegenden Klage doch keineswegs das

[152] Börner a. a. O. S. 179; Heſſe a. a. O. S. 196, 211 f.

Digitized by Google

Recht zur Ableitung des Wassers aus dem Huttenbächle, sondern lediglich das Recht zur Mitbenützung des in den Wässerungsgraben geleiteten Wassers nach dem durch den Vergleich festgesetzten Theilungsmaßstabe. Die Berechtigung zur Ableitung des Huttenbachwassers in den Wässerungsgraben steht gar nicht in Frage, da diese Ableitung auch für das von dem Beklagten für sich in Anspruch genommene ausschließliche Wässerungsrecht die Voraussetzung bildet, und es dreht sich der Streit zwischen den Parteien lediglich um die Frage, ob der Beklagte, wie er behauptet, alles in den fraglichen Wässerungsgraben fließende Wasser ausschließlich zur Ueberrieselung seiner Wiese zu verbrauchen berechtigt oder ob er, wie die Kläger beanspruchen, einen Theil jenes Wassers diesen abzugeben verpflichtet ist. Würden der Ableitung des Wassers aus dem Huttenbächle zur Wiesenwässerung polizeiliche oder sonstige öffentlich rechtliche Gründe entgegengehalten werden, so hätten hierüber allerdings die Administrativbehörden zu erkennen,[153] und es wäre die Folge davon, daß das Wässerungsrecht der Kläger, ungeachtet seines Anerkenntnisses durch den Civilrichter, insoweit als nach dem hiefür maßgebenden Ausspruch der Verwaltungsbehörden dem öffentlichen Rechte entnommene Gründe wirklich entgegenstehen würden, sowenig als das Wässerungsrecht des Beklagten ausgeübt werden könnte. Allein auf die Frage von der Zuständigkeit zur Entscheidung über das Bestehen des von den Klägern dem Beklagten gegenüber in Anspruch genommenen Privatrechts auf die Mitbenützung des in dem Wässerungsgraben des Beklagten gefangenen Wassers ist dieß ohne Einfluß.[154]

Entscheidung des Obertribunals vom 16. März 1867 in der Appellationssache M. c. W. und Gen.

29) Gerichtsstand des Wohnorts eines Pächters.

Ein Wohnsitz im rechtlichen Sinne wird durch den

[153] Seuffert, Archiv Bd. XIV, Nro. 251, Ziff. 4, S. 410.
[154] Dieses Archiv Bd. VI, S. 255, 256.

Digitized by Google

Aufenthalt an einem Orte nur dann begründet, wenn die Umstände auf die Absicht schließen lassen, an dem Orte für immer oder doch insolange zu bleiben, als nicht künftig etwa eintretende, unvorhergesehene Verhältnisse eine Veränderung herbeiführen. Ein seinem Grunde nach nur vorübergehender Aufenthalt begründet daher einen Wohnsitz im rechtlichen Sinne nicht. Hienach ist auch die Frage zu entscheiden, ob durch die Uebernahme des Pachtes eines Landgutes, einer Wirthschaft und dergl., verbunden mit dem Aufenthalt auf dem gepachteten Gute, ein Wohnsitz daselbst für den Pächter begründet werde; es wird auch hier darauf ankommen, ob im einzelnen Falle die Umstände so geartet sind, daß sie auf die Absicht eines bleibenden Aufenthalts an dem Pachtsitze insolange, als nicht eintretende Verhältnisse eine Aenderung herbeiführen, einen Schluß gestatten, oder ob der Aufenthalt sich nur als ein von der Dauer des Pachtes abhängender, vorübergehender darstellt. Die Frage läßt sich daher weder allgemein verneinen, noch bejahen, und wenn gewöhnlich als Regel aufgestellt wird, daß der Aufenthalt des Pächters auf dem Pachtgute kein Domicil begründe, so ist dieß nur insoweit richtig, als damit ausgesprochen werden will, daß die Absicht eines bleibenden Aufenthalts in dem angegebenen Sinne nicht schon aus dem seiner Natur nach vorübergehendem Pachtverhältnisse an sich abgeleitet werden könne. Hievon ist auch das Obertribunal in einer Reihe von Fällen ausgegangen.

a. Im Jahre 1843 war C. M. von De. aus seinem bisherigen Wohnorte weg und nach H. gezogen, wo er eine Wirthschaft auf unbestimmte Zeit in Pacht übernommen und diese Wirthschaft fortbetrieben hatte, bis er im Jahre 1844 sich für zahlungsunfähig erklären mußte. Es entstand nun die Frage, ob H. als Wohnsitz des C. M. im rechtlichen Sinne zu betrachten sei. Das Obertribunal bejahte dieselbe. Denn, sagen die Gründe, wenn gleich als Regel gilt, daß der Aufenthalt als Pächter an einem Orte kein Domicil begründe, so ist dieß doch nur von dem Falle

Digitized by Google

zu verstehen, wenn Jemand einen Pacht an einem Orte übernimmt, den er nach Beendigung des Pachtes wieder zu verlassen beabsichtigt. Hat aber der Pächter die Absicht, so lange zu bleiben, als nicht veränderte Umstände ihn veranlassen, sich einen andern Aufenthaltsort zu wählen, so treffen bei ihm gerade die Voraussetzungen zu, welche das Domicil im rechtlichen Sinne begründen. Wenn nun C. M., der nirgends sonst angesessen oder begütert ist, noch auch die erforderlichen Mittel besitzt, um sich ein eigenes Etablissement zu verschaffen, von dem auch eine solche Absicht nicht indicirt ist, sich in H. als Wirthschaftspächter niedergelassen hat, so läßt sich nicht anders annehmen, als daß er daselbst so lange zu bleiben beabsichtige, als ihm die Umstände dieß gestatten.

Entscheidung des Obertribunals vom 1. März 1844 in der Gantsache des C. M. von De.

b. Im Jahre 1857 hatte F. H. von A. in Bayern eine Domäne in dem württembergischen Gemeindebezirke Z. auf 9 Jahre gepachtet und sich von da an bis zum Jahr 1862 auf dem Pachtgute aufgehalten, in welchem Jahre F. H. in Konkurs gerieth und in Folge dessen seinen Aufenthalt nach Bayern zurückverlegte. Zum Zwecke der Erledigung des Konkursverfahrens war festzustellen, ob der Pachtsitz des F. H. als dessen Wohnsitz im rechtlichen Sinne zu betrachten sei. Dieß wurde verneint, und von dem Obertribunal dießfalls bemerkt: Die Eingehung eines auf eine bestimmte Zeit geschlossenen Gutspachtes begründet an sich noch nicht den Gerichtsstand des Wohnorts für den Pächter am Orte des Pachtguts. Besondere Gründe aber für die Annahme, daß F. H., abgesehen von dem eingegangenen Pachtverhältnisse, seinen Wohnsitz im Gemeindebezirke Z. zu nehmen beabsichtigt hätte, liegen nicht vor.

Entscheidung des Obertribunals vom 16. Januar 1863 in der Gantsache des F. H. von A.

c. Im Jahre 1849 hatte W. Sch. von St. die Domäne H., Gerichtsbezirks R., auf 18 Jahre gepachtet, daselbst mit

Digitized by Google

dem Beginne der Pachtzeit seinen Aufenthalt genommen, zwei Jahre später sich daselbst verheirathet, die nöthigen Anschaffungen und Einrichtungen zur Bewirthschaftung des Gutes getroffen, insbesondere eine Branntweinbrennerei mit Dampfapparat aus eigenen Mitteln eingerichtet, auch sich — obwohl mit der ausgesprochenen Absicht, bei der nächsten Gelegenheit ein eigenes Gut zu kaufen, — zu H. ununterbrochen bis zu seinem im Jahre 1863 erfolgten Wegzug nach St. aufgehalten. Aus Anlaß einer im Jahre 1862 bei dem Oberamtsgerichte R. gegen ihn erhobenen Klage aus einem Vertragsverhältnisse bestritt W. Sch., daß sein Aufenthalt auf der gepachteten Domäne H. einen Wohnsitz im rechtlichen Sinne für ihn begründet habe, indem er geltend machte, daß in Württemberg ein durch konstanten Gerichtsgebrauch festgestelltes Gewohnheitsrecht bestehe, wonach der Pächter im Orte des Pachtes keinen Gerichtsstand des Wohnsitzes habe. Das Obertribunal nahm jedoch an, daß für W. Sch. durch seinen Aufenthalt in H. ein Wohnsitz an diesem Orte begründet worden sei, indem dasselbe bemerkte: Das Bestehen des angeblichen Gewohnheitsrechtes wird durch die dafür angeführten Schriftsteller nicht bewiesen. Lauterbach, Dissert. de domicilio cap. 4, Nro. 33, pag. 1336 stellt blos den Satz auf, daß es kein zureichendes indicium für die Absicht, sein Domicil zu nehmen, sei: „si quis alicubi focum et ignem habeat, vulgo, daß er Feuer und Heerd halte, weil, wäre dieß richtig, schon durch das bloße Wohnen ein Domicil begründet würde, was so wenig der Fall sei, als daß Diejenigen, qui ad tempus in aliquo loco habitant, mox discessuri, quique ut plurimum in conducta aede focum et ignem tenent, domicilium contraxisse censeri debent; quod tamen omnium fere Doctorum voto et fori observantiae contrarium est.“ Der Vorschlag in den Entwürfen einer württ. Civilprozeßordnung von Bolley Bd. I, §. 65 und von Harpprecht Art. 24: „Die Uebernahme eines Pachtes, verbunden mit dem persönlichen

Digitized by Google

Aufenthalt auf dem gepachteten Gute, begründet einen Wohnsitz für den Pächter," zeigt nur, daß seither eine gesetzliche Bestimmung hierüber für Württemberg fehlte und als zweckmäßig erkannt wurde, keineswegs geht aber weder hieraus, noch aus der von Bolley hiezu gemachten Anmerkung: „wie nachtheilig es war, daß nicht schon bisher der Aufenthalt des Pächters als Wohnsitz galt, das weiß ich aus eigener Erfahrung" der Beweis der Existenz eines entgegenstehenden Gewohnheitsrechtes hervor. Der Aufsatz in Sarwey's Monatschrift Bd. I, S. 320 ff. sodann sucht darzuthun, daß sowohl das römische, als das württ. Recht den Aufenthaltsort des Pächters unter Umständen als eine Niederlassung und Ansässigmachung, als ein wirkliches Domicil im prozeßualischen Sinne anerkenne, und kann daher für ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht nichts beweisen. Endlich bemerkt zwar Berner-Schäfer, das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen S. 144 nach Aufzählung derjenigen Personen, welche wie Justizreferendäre, Pfarrvikare u. s. w. an ihrem Stationsorte nur einen temporären Aufenthalt haben: „Ferner gehören nach einer konstanten Praxis hieher die Gutspächter." Damit wollte jedoch offenbar nichts Anderes gesagt werden, als daß in der Regel angenommen werde, daß der Ort der Pachtung für sich allein nicht als Wohnsitz gelte, daß der Aufenthalt als Pächter an einem Orte an sich noch kein festes Domicil begründe; von einem zwingenden, durch Gerichtsgebrauch entstandenen Gewohnheitsrecht, wonach für den Pächter der Gerichtsstand des Wohnorts am Orte der Pachtung niemals und unter keinerlei Umständen begründet werden könne, ist bei Berner-Schäfer mit keiner Silbe die Rede, vielweniger für den angeblichen Gerichtsgebrauch ein Nachweis beigebracht worden. Jedenfalls kennt das Obertribunal einen derartigen konstanten Gerichtsgebrauch nicht. Wesentliche Voraussetzung für die Begründung des Domicils im rechtlichen Sinne ist, daß Jemand an einem Orte in der Absicht bis zu einer etwaigen Veränderung daselbst zu

Digitized by Google

bleiben, seinen Aufenthalt genommen hat. Hiezu wird die Gewißheit einer immerwährenden Dauer des Aufenthalts nicht erfordert. Es stört daher die bloße Möglichkeit einer späteren Veränderung den wirklichen Erwerb des Domicils nicht. Wenn daher W. Sch. eingeräumt hat, er habe von Anfang des Pachtes an beabsichtigt, bei der nächsten günstigen Gelegenheit sich selbst ein Gut zu kaufen, so hat er eben damit die Absicht, auf dem Pachtgut so lange zu bleiben, bis die erwartete günstige Gelegenheit zum Erwerbe eines eigenen Gutes sich darbiete, also die wesentliche Voraussetzung für die Begründung eines Domicils unumwunden zugestanden. Hiezu kommt, daß W. Sch. die Absicht, auf dem Pachtgute so lange zu bleiben, als nicht veränderte Umstände ihn veranlassen, sich einen anderen Aufenthaltsort zu wählen, durch eine Reihe konkludenter Handlungen unzweideutig an den Tag gelegt hat.

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Februar 1866 in der Appellationssache Sch. gegen K.

d. Im Jahre 1866 hatte A. Z. von B. die Brauerei und Wirthschaft zur Sonne in N. auf 9 Jahre gepachtet, war in Folge dessen dahin gezogen und hatte sich auf der Pachtwirthschaft bis zum Februar 1867 aufgehalten, wo er sich für zahlungsunfähig erklärte. Die sofort entstandene Frage, ob N. in Folge des Aufenthalts des A. Z. daselbst als dessen Wohnsitz zu betrachten sei, wurde verneint aus folgenden Gründen: Durch die Schließung eines auf eine bestimmte Zeit beschränkten Pachtvertrags und den auf diesen Vertrag sich gründenden Aufenthalt des Pächters am Pachtorte an sich wird für den Pächter ein Wohnsitz im rechtlichen Sinne an diesem Orte nicht begründet, da in der Beschränkung des Pachtverhältnisses auf eine bestimmte Zeit dessen vorübergehende Natur zum Voraus ausgesprochen ist, und damit auch der Aufenthalt des Pächters am Pachtsitze, soweit er in dem Pachtverhältnisse seinen Grund hat, als ein blos vorübergehender sich darstellt. Der Umstand für sich allein, daß die Dauer

Digitized by Google

der Pachtzeit auf eine längere Reihe von Jahren festgesetzt ist, kann hieran nichts ändern. Denn nicht durch die kürzere oder längere Dauer des Aufenthalts an einem Orte wird der Wohnsitz im rechtlichen Sinne begründet, sondern durch die Absicht den bleibenden Aufenthalt an einem Orte insolange zu nehmen, als nicht künftig etwa eintretende, nicht vorausgesehene Umstände eine Aenderung herbeiführen. Diese Absicht kann aber nicht ohne Weiteres unterstellt werden, wenn der Aufenthalt auf ein Verhältniß sich gründet, dessen Dauer zum Voraus auf eine gewisse Zeit beschränkt ist. Um annehmen zu können, daß A. Z. seinen bleibenden, von der vorübergehenden Dauer des Pachtverhältnisses unabhängigen Wohnort in N. zu nehmen beabsichtigt habe, müßten daher weitere Umstände vorliegen, welche auf eine solche Absicht einen Schluß gestatten würden. Solche Umstände sind aber nicht angezeigt. [155]

Entscheidung des Obertribunals vom 23. Febr. 1867 in der Gantsache des A. Z. von B.

---

[155] Weiter geht das Oberappellationsgericht zu Darmstadt, indem dasselbe am 5. Fbr. 1853 aussprach, daß der Ort der Pachtung als der Wohnsitz des Pächters zu betrachten sei. Denn der Pächter ziehe mit seiner Familie und seinem Haushalte an den Ort der Pachtung, er habe in der Regel die Absicht, nach Ablauf der gewöhnlichen Kontraktzeit von 9 oder 12 Jahren den Pachtvertrag fortzusetzen, und selbst, wenn er diese Absicht auch nicht haben sollte, so wolle er sich doch eine Reihe von Jahren auf dem Pachtgute aufhalten und dieß genüge, ohne daß die Absicht eines beständigen Wohnsitzes verlangt werden könne. — Dagegen sprach das Oberappellationsgericht zu München am 3. Juni 1854 sich dahin aus, daß der Aufenthalt des Pächters am Pachtorte nur als eine durch vorübergehenden Zweck bedingte Abwesenheit vom bisherigen Wohnort des Pächters zu betrachten sei und den Verzicht auf die Rückkehr an denselben nicht involvire. Uebrigens ist hiezu bemerkt, daß hier von besonderen Fällen, in denen der Pächter durch ausdrückliche Erklärung oder unzweideutige Handlungen den Willen an den Tag gelegt habe, am Orte seiner Pachtung seinen bleibenden Aufenthalt zu nehmen, abgesehen sei. Seuffert, Archiv,

Digitized by Google

30) Gerichtsstand eines im Auslande wohnenden, im Verhältnisse eines württembergischen Unterthanen stehenden Standesherrn.

Jeder württembergische Unterthan ist kraft der jedem Staatsangehörigen obliegenden staatsbürgerlichen Pflicht verbunden, vor den württembergischen Gerichten Recht zu geben.[156] Hieran wird durch die den Standesherren eingeräumten Vorrechte, unbeschadet des württembergischen Staatsbürgerrechts das Bürgerrecht in andern deutschen Staaten besitzen und nach freiem Belieben den Wohnsitz im Auslande nehmen zu dürfen, nichts geändert. Denn die staatsbürgerliche Pflicht, im Inlande Recht zu geben, ist von dem jeweiligen Domizil nicht abhängig, sie wird also auch nicht durch den Unterschied berührt, daß dem Standesherrn die freie Wahl seines Wohnsitzes zusteht, während andere Staatsbürger nur mit königl. Bewilligung ihren Wohnsitz im Auslande nehmen dürfen,[157] und die Häufung mehrerer Staatsbürgerrechte könnte höchstens zu der wohl zulässigen Folge führen, daß gegen ihren Besitzer

---

Bd. XI, Nro. 108. Der Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilprozeßordnung bestimmt in §. 16: „Hat Jemand zum Betriebe einer Handlung, einer Fabrik oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, so können alle Klagen, welche Ansprüche an die Niederlassung betreffen, bei dem Gerichte des Ortes erhoben werden, an welchem sich die Niederlassung befindet. Der Gerichtsstand der Niederlassung ist auch für Klagen gegen Personen begründet, welche ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter bewirthschaften oder bewirthschaften lassen, soweit diese Klagen die auf die Bewirthschaftung des Gutes sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen. Protokolle der Kommission zu Hannover S. 433—437.

[156] Württ. Verfassungsurkunde vom 25. Sept. 1819, §. 32; Jurisdiktionsverträge mit Bayern §. 8, mit Baden §. 6; Württ. Archiv Bd. V, S. 454—456; Seuffert, Archiv Bd. IV, Nr. 146.

[157] Württ. Verfassungsurkunde §. 35.

Digitized by Google

in jedem der betreffenden Staaten ein Gerichtsstand begründet wäre.

Entscheidung des Obertribunals in der Appellationssache U. gegen H. De.

31) Benützung der Ergebnisse der Strafuntersuchung im Civilverfahren.

Nach der von dem Obertribunal stets festgehaltenen Thesis ist der Ausspruch des Strafrichters über die Thäterschaft nicht bindend für den Civilrichter, wenn dieselbe in einem vor diesen gehörigen Entschädigungsprozesse zur Erörterung kommt, vielmehr hat der Civilrichter auch diese Beweisfrage, wie eine andere, selbständig zu beurtheilen.[158] Dagegen ist es dem Civilrichter natürlich gestattet, bei seiner Entscheidung das in dem Kriminalverfahren erhobene Beweismaterial entsprechend zu benützen,[159] und zwar auch, wenn es sich um einen sog. künstlichen oder Anzeigebeweis handelt, da diese Beweisart im Civilprozeß nicht minder zuläßig ist, als im Kriminalverfahren, und dort, wie hier, der Beweiswerth der einzelnen Anzeigen darnach zu bemessen ist, ob und bis zu welchem Grade die betreffende Thatsache, aus welcher geschlossen werden soll, selbst genügend festgestellt ist, und ob dieselbe mit größerer oder geringerer Sicherheit eine Schlußfolgerung auf die Richtigkeit der Beweisfrage gestattet.

Entscheidung des Obertribunals vom $\frac{13. \text{ März}}{3. \text{ April}}$ 1867 in der Appellationssache R. c. Gebäudebrandversicherungsanstalt.

---

[158] Entscheidung des Obertribunals vom 10./11. Febr. 1858 in der Appellationssache G. c. H. und G. c. K.; vom 16. Febr. 1859 in der Appellationssache B. c. E.; vom 11. Okt. 1859 in der Appellationssache R. c. H.; vom 9. Nov. 1859 in der Appellationssache B. c. B.; vom 12. Sept. 1864 in der Appellationssache St. c. St.; vom 13. Juni 1865 in der Appellationssache F. c. G.; vom 30. Juni 1866 in der Appellationssache G. c. H. Württ. Archiv Bd. III, S. 160 und die dort in der Note 21 enthaltenen Citate, welchen beizufügen ist Seuffert, Archiv Bd. XVI, Nr. 249.

[159] Dieses Archiv Bd. III, S. 160; Seuffert, Archiv, Bd. XII, Nro. 202; Bd. VIII, Nro. 96; Bd. II, Nro. 103.

Digitized by Google

32) Beweiskraft der Handelsbücher; die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches hierüber wirken nicht zurück.

Die Bestimmungen des allg. deutschen Handelsgesetzbuches über die Beweiskraft der Handelsbücher finden auf Rechtsgeschäfte, welche vor dem 15. Dezember 1865, dem Tage der Einführung des gedachten Gesetzbuches in Württemberg, eingegangen worden, keine Anwendung. Denn die Frage über die Zulässigkeit eines Beweismittels ist eine Frage des materiellen Prozeßrechts und ist daher nur nach der Zeit der Entstehung des Rechtsgeschäftes zu beurtheilen;[160] die betreffenden Bestimmungen des neuen Gesetzes können daher nicht rückwärts angewendet werden. Soweit die Handelsbücher nach dem vor Einführung des Handelsgesetzbuches geltenden Rechte nicht geeignet waren, ein vor der Einführung des Handelsgesetzbuches eingegangenes Rechtsgeschäft zu beweisen, sind sie bezüglich desselben auch noch jetzt unzulässige Beweismittel.

Entscheidung des Obertribunals vom 12. Juni 1867 in der Appellationssache B. c. A.

33) Beweiskraft der Handelsbücher nach dem Rechte vor dem a. d. Handelsgesetzbuche.

Nach dem vor Einführung des Handelsgesetzbuches bestandenen gemeinen Rechte sind Handelsbücher nur bezüglich solcher Posten beweiskräftig, welche mit dem kaufmännischen Betriebe des Produzenten unmittelbar zusammenhängen.[161] Hiemit stimmt das württembergische Landrecht überein, wenn es in Thl. I, Tit. 34, §. 8 den Handelsbüchern nur gegen Denjenigen Beweiskraft einräumt, wel-

---

[160] Archiv für civ. Praxis Bd. X, S. 132; Busch, Archiv Bd. I, S. 582, 583; vergl. auch Seuffert, Archiv Bd. IV, Nro. 248.

[161] Wetzell, Civilprozeß, 2. Aufl. S. 200; Strippelmann, der Beweis durch Schrifturkunden Bd. I, S. 117 ff.; Bender, Handlungsrecht §. 202; Glück, Komm. Bd XXII, S. 64 ff.

Digitized by Google

cher von dem Kaufmann Waaren kauft, indem hiemit nicht nur eine subjektive, sondern zugleich auch eine objektive Beschränkung der Beweisfähigkeit ausgedrückt ist.

Entsch. des Obertribunals vom 12. Juni 1867 in der Appellationssache B. c. A.

34) Urkundenbeweis; Ergänzungseid zum Beweise der Aechtheit.

Damit der Produzent einer Urkunde, deren Aechtheit bestritten ist, auf Grund der Schriftenvergleichung zum Ergänzungseide zugelassen werden kann, ist nothwendig, daß die Sachverständigen zu dem Urtheil gelangen, daß das bestrittene Dokument von dem Produkten ausgestellt sei. Dieses Urtheil ist an sich nie ein sicheres, da es möglich ist, daß zwei Personen eine sehr gleiche Handschrift schreiben und auch die Schriftzüge täuschend nachgemacht sein können. Ein solcher Ausspruch der Sachverständigen besagt daher in Wahrheit nur, daß die höchste Wahrscheinlichkeit dafür spreche, daß die Urkunde von derselben Hand herrühre, von welcher die zum Zwecke der Schriftenvergleichung vorgelegten Urkunden ausgestellt seien. Wenn aber die Sachverständigen nicht einmal einen solchen Grad von Wahrscheinlichkeit anzunehmen vermögen, wenn sie nur die Möglichkeit, daß die bestrittene Urkunde von dem Produkten herrühre, anerkennen, dann kann auch von Auferlegung des Erfüllungseides an den Produzenten keine Rede sein.

Entsch. des Obertribunals vom 24. Mai 1867 in der Appellationssache R. c. Sch.

35) Unstatthaftigkeit der Zurückschiebung eines Eides über ein eigenes Faktum des Delaten.

Schütz in seinem württemb. Civilprozeß S. 350 und, unter Berufung auf ihn, Berner-Schäfer, das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen S. 405 bemerken, daß nach einer Entscheidung des Obertribunals vom 12. Mai 1823 in der Appellationssache S. gegen P. die Zurückschiebung eines Eides auch dann gestattet sei, wenn dem Delaten der Eid über sein eigenes Faktum zugeschoben worden sei. Es

Digitized by Google

ist dieß jedoch eine der vielen Unrichtigkeiten in der Anführung von Präjudizien in dem Schütz'schen Werke, indem in der erwähnten Entscheidung des Obertribunals die Zurückschiebung eines Eides über ein eigenes, dem Zuschiebenden fremdes Faktum des Delaten nicht sowohl für statthaft, als vielmehr umgekehrt, in Uebereinstimmung mit der gemeinen Meinung,[162] für unstatthaft erkannt und die Statthaftigkeit der Eideszurückschiebung nur bezüglich eines gemeinschaftlichen Faktum des Deferenten und des Delaten ausgesprochen worden ist.

36) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß.

Das Rechtsmittel der Restitution gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß findet nicht blos wegen solcher Thatumstände oder Beweismittel, welche erst nach dem Erkenntniß neu entdeckt worden sind, sondern auch wegen solcher statt, welche zwar schon vor dem Erkenntniß der Partei nicht unbekannt waren, die aber von ihr ohne ihr Verschulden erst nach demselben dem Richter vorgetragen werden konnten. Denn das württembergische Recht hat bezüglich der Gründe, aus welchen das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution gegen Urtheile Platz greift, an dem gemeinen deutschen Prozeßrecht — ausgenommen, daß ein Vorbringen, welches früher blos „nicht für dienlich" erachtet wurde, ausgeschlossen ist, — nichts geändert und es ist insbesondere der Grundsatz, daß neues Vorbringen überhaupt, welches vor dem Urtheil nicht vorgebracht werden konnte, unter den übrigen Voraussetzungen zu Begründung der Restitution geeignet sei, gesetzlich anerkannt (Pfandentwickelungsgesetz vom 21. Mai 1828 Art. 50; Exekutionsgesetz vom 15. April 1825, Art. 23).[163]

Entsch. des Obertribunals vom 15. März 1867 in der Appellationssache W. c. F.

---

[162] Bolley, Entwürfe und Anträge Bd. I, §. 1120; Seuffert, Archiv Bd. XVIII, Nro. 66 und die dort citirten Schriftsteller und Entscheidungen.

[163] Harpprecht in diesem Archiv Bd. II, S. 100, 101.

Digitized by Google

37) Anwendung des Jurisdiktionsvertrages mit dem Großherzogthum Baden auf die gegenseitige Rechtshilfe wegen der in Civilrechtsstreitigkeiten angesetzten Sporteln.

Der mit dem Großherzogthum Baden abgeschlossene Jurisdiktionsvertrag vom 3. Januar 1826 enthält in Beziehung auf Civilrechtsstreitigkeiten eine Zusicherung gegenseitiger Rechtshilfe nur insoweit, als die Vollstreckung rechtskräftiger richterlicher Erkenntnisse des andern Staates in Frage steht, und es kann daher auf Grund der Bestimmungen des Jurisdiktionsvertrages von Gewährung der gegenseitigen Rechtshilfe in Ansehung der in Civilrechtsstreitigkeiten erwachsenen Sporteln die Rede nur werden, soferne sich die Sportelschuld auf ein rechtskräftiges richterliches Urtheil gründet und nur unter denselben Voraussetzungen, unter welchen die von den Gerichten des einen Staates gefällten Urtheile überhaupt als durch die Gerichte des andern Staates vollstreckbar erklärt sind. Als die erste Voraussetzung der Vollstreckbarkeit der von den Gerichten des einen Staates gefällten Erkenntnisse in dem Gebiete des andern Staates erklärt aber der Art. 1 des Jurisdiktionsvertrages, daß solche von einem nach den näheren Bestimmungen des gedachten Vertrages beiderseits als kompetent anerkannten Gerichte ausgegangen sind, wie in gleicher Weise auch der Art. 7 des Exekutionsgesetzes vom 15. April 1825 rechtskräftige Urtheile ausländischer Gerichte nur dann als durch die württembergischen Gerichte vollstreckbar erklärt hatte, wenn die Zuständigkeit des erkennenden Gerichtes in dem einzelnen Falle außer Zweifel stehe. Wenn daher ein württembergisches Gericht um die Vollstreckung eines von einem badischen Gerichte ausgesprochenen rechtskräftigen Erkenntnisses gegen einen württembergischen Staatsangehörigen angegangen wird, so hat dasselbe vor Allem die Zuständigkeit des erkennenden badischen Gerichtes, als die wesentliche Voraussetzung der Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses, nach Maßgabe der Verhältnisse des betreffenden Falles an der

Digitized by Google

Hand der Bestimmungen des Jurisdiktionsvertrages zu prüfen und darf das Erkenntniß nur im Falle des Zutreffens dieser Voraussetzung vollstrecken. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so muß die Vollstreckung des Erkenntnisses, wie in der Hauptsache, so auch im Kostenpunkte zurückgewiesen werden und es ist damit auch die Rechtshilfe wegen der Gerichtssporteln für das Erkenntniß ausgeschlossen. Steht aber die Zuständigkeit des badischen Gerichtes bezüglich des zu vollstreckenden Erkenntnisses fest und ist die Rechtskraft des Erkenntnisses von dem Gerichte, welches dasselbe gefällt hat, beurkundet, treffen die in dem Jurisdiktionsvertrage festgesetzten Voraussetzungen für die Vollstreckbarkeit der Urtheile badischer Gerichte gegen württembergische Staatsangehörige überhaupt zu, so hat die Vollstreckung, wie in Ansehung der Hauptsache, so auch in Absicht auf die mit dem Urtheil verbundenen Gerichtssporteln seitens der württembergischen Gerichte zu erfolgen, und zwar ohne Unterschied, ob der württembergische Staatsangehörige, gegen welchen das Erkenntniß vollstreckt werden soll, als Kläger oder als Beklagter zu Bezahlung der Sporteln verurtheilt worden ist. Es folgt dieß schon aus dem in dem Art. 1 des Jurisdiktionsvertrages allgemein ausgesprochenen Anerkenntnisse der Vollstreckbarkeit überhaupt, welche, da eine Einschränkung nicht beigefügt ist, in Konsequenz dessen den ganzen Inhalt des Erkenntnisses und somit auch die durch dasselbe ausgesprochene Verurtheilnng in die Gerichtssporteln begreift. Es ist aber auch zudem die Vollstreckbarkeit in Ansehung der „Gerichtskosten" in dem Art. 4 des Jurisdiktionsvertrages bezüglich des Falles, wenn der Kläger in solche verurtheilt worden, ausdrücklich anerkannt, indem hier bestimmt ist, daß das Urtheil der fremden Gerichtsstelle nicht nur insofern es den Beklagten, sondern auch insofern es den Kläger z. B. rücksichtlich der Erstattung der Gerichtskosten betreffe, in dem andern Staate als rechtsgiltig erkannt und vollzogen werde. Daß aber hier unter den Gerichtskosten insbesondere auch die Gerichtstaxen

Digitized by Google

und Gerichtssporteln inbegriffen sind, dafür spricht schon die gewöhnliche Bedeutung des Ausdrucks, wonach unter „Gerichtskosten" eben die Gerichtssporteln und Gerichtstaxen verstanden zu werden pflegen. Es liegt aber auch zudem kein Grund zu der Annahme vor, daß bezüglich der Gerichtssporteln und Taxen eine Ausnahme von der Vollstreckbarkeit der Erkenntnisse der Gerichte beider kontrahirenden Staaten durch den Jurisdiktionsvertrag habe gemacht werden wollen, vielmehr wäre es in der That ein innerer Widerspruch und dem ganzen Geiste des Jurisdiktionsvertrages zuwider, wenn man bezüglich der von den Gerichten eines der kontrahirenden Staaten, in Gemäßheit der Bestimmungen des Jurisdiktionsvertrages, zuständiger Weise gefällten und daher auch in dem Gebiete des anderen Staates vollstreckbaren Erkenntnisse gleichwohl in Absicht auf die den Parteien hieraus erwachsenen Gerichtssporteln dem fremden Gerichte die Rechtshilfe versagen wollte, obwohl dieses nichts Anderes gethan hat, als wozu es beiden Parteien gegenüber durch den Jurisdiktionsvertrag berechtigt und verpflichtet war. Das von einem Gerichte der kontrahirenden Staaten innerhalb der durch den Jurisdiktionsvertrag bestimmten Grenzen seiner Zuständigkeit gefällte Erkenntniß steht daher auch bezüglich desjenigen Theiles desselben unter dem Schutze des Jurisdiktionsvertrages, wodurch die Verpflichtung der Parteien zu Bezahlung der Gerichtssporteln nach Maßgabe des Sportelgesetzes ausgesprochen wird. Das Obertribunal hat auch in einem Falle, wo es sich um die Vollstreckung eines von einem bayerischen Gerichte gefällten Erkenntnisses in Absicht auf die Gerichtstaxen handelte, keinen Anstand genommen, den mit der Krone Bayern abgeschlossenen Jurisdiktionsvertrag, welcher in fraglicher Beziehung in den §§. 2 und 5 dieselben Bestimmungen enthält, wie sie in den Art. 1 und 4 des mit Baden abgeschlossenen Jurisdiktionsvertrages aufgenommen sind, dahin auszulegen, daß wenn die in dem Jurisdiktionsvertrage aufgestellten Voraussetzungen der Voll-

Digitized by Google

streckbarkeit eines von einem bayerischen Gerichte ausgesprochenen Urtheils zutreffen, die württembergischen Gerichte auch hinsichtlich der mit dem Urtheil verbundenen Gerichtstaxen gegen den zu deren Bezahlung verurtheilten württembergischen Staatsangehörigen Rechtshilfe zu gewähren haben.

Sind aber hienach die württembergischen Gerichte für verbunden zu erachten, das von einem badischen Gerichte zuständiger Weise ausgesprochene und in Rechtskraft erwachsene Urtheil auch in Ansehung der den Parteien dadurch auferlegten Gerichtssporteln zu vollstrecken, so gilt dasselbe nicht auch hinsichtlich der von dem badischen Gerichte schon vor Erlassung des Endurtheils angesetzten und in die Hebrolle aufgenommenen Gerichtssporteln. Denn, wie schon bemerkt, ordnet der Jurisdiktionsvertrag die gegenseitige Rechtshilfe in Civilrechtsstreitigkeiten nur in Ansehung des Vollzuges der in Rechtskraft erwachsenen richterlichen Erkenntnisse; auf Grund des Jurisdiktionsvertrages kann daher die Rechtshilfe in Ansehung einer Sportelschuld nur insoweit verlangt werden, als die Verbindlichkeit zu deren Bezahlung auf einem rechtskräftigen richterlichen Urtheile beruht. Die bloße Ansetzung einer Sportel von Seiten eines Gerichtes und die Aufnahme in die Hebrolle ist aber kein unter die Bestimmungen des Jurisdiktionsvertrages fallendes richterliches Urtheil, und wenn auch hiedurch in dem Staate, dessen Gericht die Sportel angesetzt hat, die Vollstreckbarkeit der Sportelschuld begründet werden kann, so wird sie dadurch nicht auch in dem andern Staate vollziehbar, da hiefür die Voraussetzungen des Jurisdiktionsvertrages ermangeln. Wird daher in einer vor den badischen Gerichten anhängigen Civilrechtsstreitigkeit schon vor Erlassung des Urtheils eine Gerichtssportel angesetzt, so kann bezüglich ihrer von den württembergischen Gerichten Rechtshilfe nur dann verlangt werden, wenn das schließliche Urtheil die Verfällung der betreffenden Partei auch in die fragliche Sportel in sich begreift und dieses Urtheil die Rechtskraft erlangt hat.

Digitized by Google

Uebrigens ist die von den württembergischen Gerichten zu leistende Rechtshilfe, wo deren Voraussetzungen zutreffen, nicht dahin zu verstehen, daß dieselben nunmehr die von den badischen Gerichten zum Zwecke der Einhebung der Sporteln gegen einen württembergischen Sportelschuldner etwa erlassenen Zahlungsbefehle zu vollstrecken hätten, sondern es haben die württembergischen Gerichte auf erfolgtes Anrufen das Exekutionsverfahren selbstständig nach Maßgabe der hiefür in Württemberg bestehenden gesetzlichen Bestimmungen einzuleiten, wie dieß auch in dem Art. 7 des Exekutionsgesetzes vom 15. April 1825 und den Justizministerialverfügungen vom 22. Dezember 1855 und vom 22. Juli 1864 ausgesprochen ist.

Gutachten des Obertribunals vom 10. Juli 1867.

38) Bei dem Exekutionsverkaufe eines Grundstücks findet im Falle eines Nachgebots des nach dem Ergebniß der gesetzlichen Aufstreichsverhandlungen unbefriedigt gebliebenen Pfandgläubigers ein weiterer Aufstreich nicht statt. [164]

Der Art. 23 des Gesetzes vom 13. November 1855, betreffend einige Abänderungen und Ergänzungen des Exekutionsgesetzes, läßt den zweiten Aufstreich mit dem Beisatze zu, daß es bei dem Ergebnisse desselben sein Bewenden habe, womit deutlich ausgesprochen ist, daß mehr als zwei Aufstreiche nicht statthaft sein sollen. Der Art. 24 gestattet hievon nur insofern eine Ausnahme, als nach Absatz 2 im Falle der gänzlichen Erfolglosigkeit des ersten Aufstreichs nach dem zweiten nur noch mit den nachgebrachten besseren Käufern und nach Absatz 3 im Falle eines nachträglichen Anbots nach zwei vergeblichen Aufstreichen nur noch mit den gegenüber diesem Anbot nachgebrachten besseren Käufern ein Aufstreich beschränkteren Umfangs zugelassen wird, bei dessen Ergebniß es dann aber wieder ebenfalls sein Verbleiben haben soll. Wenn daher gegenüber dieser be-

[164] Vergl. auch dieses Archiv Bd. VI, S. 297, Nro. 80.

Digitized by Google

stimmten Aufzählung und Begrenzung der Aufstreiche der folgende Art. 25 einer weiteren Steigerung zwischen den nachbietenden mit Verlust bedrohten Pfandgläubigern nicht erwähnt, so muß schon dieses Stillschweigen des Gesetzes gegen die Statthaftigkeit einer solchen weiteren Steigerung sprechen, zumal da bekannt ist, daß dieses Gesetz auf die Verminderung der Zahl der Steigerungen ausging; positiv bestätigt wird aber diese Annahme dadurch, daß der Art. 25 den vorangegangenen Aufstreich den „letzten Aufstreich" nennt und blos noch ein „Nachbot" statuirt, worunter ein vereinzeltes und ausnahmsweises Angebot verstanden wird, daß er sodann nur zu Vorbringung dieses Nachgebots eine Frist gibt, und an diese Frist für alle betheiligten Pfandgläubiger, ohne Unterschied, ob sie nachbieten oder nicht, den unbedingten Zuschlag an den Meistbietenden anknüpft, womit unzweideutig zu verstehen gegeben ist, daß es sich blos noch um Nachgebot und Zuschlag handeln und der Zuschlag blos das Nachgebot zum Gegenstand haben soll. Auch scheint für den Zweck des Art. 25, welcher nach den Kammerverhandlungen die bessere Sicherung des Rechtes der Pfandgläubiger erzielt, das bloße Nachgebot zu genügen, wenn nämlich der Pfandgläubiger so viel nachbietet, daß dadurch seine Forderung einschließlich der ihm vorgehenden Posten gedeckt ist; eine Steigerung zwischen den Nachgeboten ist für entbehrlich zu erachten und würde der Spekulation zum Vorschub dienen. Es erscheint daher die eingeschränktere Auffassung des Gesetzes, wonach eine Steigerung zwischen den nachbietenden Pfandgläubigern nicht Platz greift, gerechtfertigt, ohne daß die dabei denkbaren etwaigen Unzuträglichkeiten und Mißbräuche zwischen den Pfandgläubigern wegen Präokkupirung des höchsten Nachgebots dieser Annahme Eintrag zu thun vermöchten, da hiedurch nur die Frage von der Zweckmäßigkeit des Gesetzes, nicht seine Auslegung berührt werden könnte.

Entscheidung des Obertribunals vom 11. Januar 1867 (in Pleno) in der Beschwerdesache des Ch. Pf.

Digitized by Google

39) Verhältniß des Güterpflegers und des Kontradiktors im Konkurse.

Der Kontradiktor ist Vertreter des Gemeinschuldners[165] bezüglich der gegen diesen von den einzelnen Gläubigern geltend gemachten Ansprüche, deren Prüfung seine Hauptobliegenheit ist. Der Güterpfleger dagegen vertritt nicht den Gemeinschuldner, sondern die Gesammtheit der Gläubiger und auch diese nur in Beziehung auf die Ausübung des den Gläubigern zustehenden Verwaltungs- und Verfügungsrechts über die Konkursmasse.[166] In der württembergischen Praxis pflegt zwar häufig in Fällen, wo ein Kontradiktor nicht bestellt wird, der Güterpfleger als Kontradiktor betrachtet zu werden und es gründet sich diese Ansicht auf die Bestimmung des §. 169 des IV. Ediktes, wonach über jede angemeldete Forderung auch der Güterpfleger gehört werden solle.[167] Allein die fragliche Bestimmung des IV. Ediktes findet ihre Erklärung in dem, in dem württembergischen Gantprozesse geltenden Instruktionsprinzip und der hieraus sich ergebenden Pflicht des Gantgerichtes, die angemeldeten Forderungen möglichst in's Klare zu setzen, zu welchem Ende auch der Gemeinschuldner und der, durch die Masseverwaltung meist mit den Verhältnissen vertraute, Güterpfleger über die angemeldeten Forderungen gehört werden sollen. Hiedurch wird aber der Güterpfleger nicht zum Kontradiktor und zum Vertreter des Gemeinschuldners, was sich auch mit seinen sonstigen Funktionen,

---

[165] Bayer, Konkursprozeß §. 42; Schmidt, Civilprozeß Thl. III, §. 211, S. 232, Note 4; Spangenberg in zu Rheins Jahrb. Bd. I, S. 35 f.; Dabelow, Konkurs der Gläub. S. 577 f.; Martin, Civilprozeß (13. Aufl.) §. 322, Ziff. 4; Entscheidung des OAG. zu Dresden vom 12. Febr. 1860 in Seuffert's Archiv Bd. XVII, Nro. 197; A. M. Schweppe, Konkurs der Gläub. §. 97, 102; Puchta, Konkursprozeß §. 180.

[166] Bayer, a. a. O. §. 41; Schweppe, a. a. O. §. 98, 99; Kori, Konkursprozeß §. 83; Martin a. a. O. §. 322, Ziff. 3.

[167] Fecht, das Konkursverfahren S. 61, 63, 65.

Digitized by Google

in welchen er, wie bemerkt, die Gesammtheit der Gläubiger zu vertreten hat, nicht wohl vereinigen ließe.

Entscheidung des Obertribunals vom 15. Februar 1867 in der Appellationssache H. u. Gen. c. F. u. Gen.

---

3) Ueber das zur Giltigkeit von Real-Servituten erforderliche gerichtliche Erkenntniß.

(Von Herrn Direktor v. Schäfer in Tübingen.)

Unter der Rubrik:

„welche Servituten bedürfen zu ihrer Gültigkeit „des gerichtlichen Erkenntnisses"

ist in dem IX. Band des württembergischen Archives Seite 84 ff. ein Aufsatz enthalten, in welchem unter Anderem auszuführen gesucht wird, daß nach dem ersten und zweiten Landrecht, wenn ein Liegenschaftsverkauf dem Gerichte zur Ertheilung des Erkenntnisses vorgelegt werde, in welchem sich neue Servituten u. s. w. finden, das Gericht über diese besonders zu erkennen habe. Und in einer Bemerkung hiezu heißt es:

„Auch heutzutage pflegt die Praxis anzunehmen, daß in der Ertheilung des gerichtlichen Erkenntnisses über einen Kauf noch nicht von selbst auch das gerichtliche Erkenntniß über Prädial-Servituten, welche aus Veranlassung des Kaufes neu konstituirt werden, enthalten ist."

Welche Bewandtniß es mit dieser Praxis hat, ergibt sich aus folgenden Entscheidungen:

In der Appellationssache E. gegen Pf., in welcher es sich um die Giltigkeit einer in einem Kaufvertrag über ein Gebäude konstituirten servitus non altius tollendi handelte, kam unter Anderem auch die Frage zur Sprache, ob das zur Konstituirung einer solchen Real-Servitut nach dem Landrecht erforderliche gerichtliche Erkenntniß vorhanden sei, da ein solches zwar über den ganzen Kaufvertrag, nicht aber speziell über die fragliche Servitutenbestellung ertheilt wurde. Die Bejahung dieser Frage wurde von dem Civil-

Digitized by Google

Senate des Gerichshofes zu Tübingen in den Entscheidungsgründen zu seinem Erkenntniß vom 19. Okt. 1863 folgendermaßen begründet:

„Dem Erfordernisse des gerichtlichen Erkenntnisses über die vorbehaltene Real-Servitut ist dadurch Genüge geschehen, daß dem ganzen Vertrage vom 31. Mai 1833, wie am Schlusse desselben vom Stadtrath zu Pf. am 19. Juni 1833 beurkundet ist, die gerichtliche Ratifikation ertheilt, der Vertrag auch in das Kaufbuch eingetragen worden ist. Mit dem ganzen Vertrage ist offenbar auch die Bestimmung in Ziff. 7 desselben als durch den Stadtrath genehmigt zu betrachten. Die Beschwerung des verkauften Grundstücks mit dem in Ziff. 7 vorbehaltenen Bauverbote ist daher mit Vorwissen und Erkenntniß der zuständigen Behörde vor sich gegangen, somit dieses Bauverbot als ein dingliches Recht, als eine Real-Dienstbarkeit giltig konstituirt."

Uebereinstimmend hiemit heißt es in den Entscheidungsgründen zu dem bestätigenden Erkenntniß des K. Obertribunals vom 23. Juni 1865:

„Erscheint sonach als erwiesen, daß in dem Vertrag vom 31. Mai 1833 zu Gunsten des herrschenden Grundstücks eine unbeschränkte Gerechtigkeit zwischen den Paciscenten verabredet worden war, so ist durch die nachgefolgte Ratifikation dieses Kaufvertrags von Seiten des über den Vertrag erkennenden Stadtraths d. d. 19. Juni 1833 der zur rechtlichen Giltigkeit einer vorbehaltenen Gerechtigkeit erforderlichen Form, wie dieselbe im Landrecht Theil II, Tit. 9, §. 11 vorgeschrieben ist, Genüge geschehen, sofern diese Behörde durch die Ratifikation des Vertrages in seiner Gesammtheit auch die einen integrirenden Bestandtheil desselben bildende Ziff. 7 dieses Vertrages ratificirt hat."

Zusatz der Redaktion. Die näheren Gründe, welche das Obertribunal bei der vorstehend mitgetheilten Entscheidung leiteten, sind aus den Akten nicht zu entnehmen, der Referent des Kollegiums aber stützte sich vorzugsweise auf das Gesetz vom 19. Juni 1808, indem

Digitized by Google

derselbe im Wesentlichen geltend machte: Das dritte Landrecht Thl. II, Tit. 13 habe bloße Insinuation der Verträge über Veräußerung liegender Güter, ohne Berechtigung der Gerichte zur Kognition über den Inhalt und die Zulässigkeit des Vertrages, vorgeschrieben, [1] während daneben die gesetzliche Bestimmung des Landrechts Thl. II, Tit. 9, §§. 10 und 11 hinsichtlich der Servituten bestanden habe, so daß also die Thätigkeit der Gerichtsbehörden eine verschiedene in Beziehung auf die Liegenschaftsveräußerungsverträge und auf die Verträge über Bestellung von Servituten gewesen sei. Nun sei aber durch die königl. Verordnung vom 19. Juni 1808 den Magistraten bei der Erkennung über Verträge das Recht und die Pflicht zur Kognition in den, in den §§. 2, 3, 4, vergl. mit §. 6, angegebenen, Richtungen eingeräumt worden und dieses Gesetz erstrecke sich nach §. 2 auf alle Verträge über liegende Güter, wodurch das Eigenthum derselben veräußert oder beschränkt oder irgend eine Reallast auf dieselbe gelegt werde. Die für das magistratische Erkenntniß als maßgebend bezeichneten Normen seien für alle diese Fälle dieselben und es unterliegen der magistratischen Kognition auf den Grund dieser Verordnung sowohl Verträge über Veräußerung, als über Beschränkung des Eigenthums an Liegenschaften. Hieraus folge, daß, wenn über einen Kaufvertrag, über liegende Güter, welcher zugleich die Bestellung einer Realdienstbarkeit enthalte, im Allgemeinen erkannt werde, hiemit zugleich auch über die Bestellung der Realdienstbarkeit kognoscirt und solche gerichtlich bestätigt sei.

Die Schriftsteller über württembergisches Recht haben unsere Frage nicht besonders erörtert und man kann aus ihren Bemerkungen ihre dießfallsige Ansicht mit Sicherheit nicht entnehmen. [2] Bei dem Obertribunal jedoch war die

[1] Wächter, württ. Privatrecht, Bd. I, S. 488; vergl. mit S. 302—307.

[2] Vergl. Weishaar, Württ. Privatrecht (3. Aufl.) Bd. II, §. 525; Reyscher, Württ. Privatrecht Bd. II, §. 303, Ziff. 1, und Note; Sarwey, in diesem Archiv Bd. I, S. 371—373.

Digitized by Google

Frage schon früher am 20. Sept. 1852 in der Appellationssache Sch. c. R., in welcher es sich um die Begründung eines, bei einem Liegenschaftsverkaufe bedungenen, dinglichen Wohnungsrechts handelte, zur Sprache gekommen und es hatte der Referent, in Uebereinstimmung mit der in den oben mitgetheilten Entscheidungsgründen angenommenen Ansicht bemerkt, daß, da über den Kaufvertrag im Ganzen von dem Gemeinderathe erkannt worden, hiemit auch über das fragliche Wohnungsrecht das gerichtliche Erkenntniß erfolgt und damit der Vorschrift des Landrechts Thl. II, Tit. 9, §. 10 Genüge geschehen sei. Die Frage war jedoch damals nicht zur Entscheidung gekommen, weil das Erkenntniß auf andere Gründe gebaut wurde. Weitere die Frage berührende Fälle, welche an das Obertribunal gelangt wären, ließen sich nicht auffinden, und man wird daher wohl annehmen dürfen, daß kein Vorgang vorliegt, aus welchem erhellen würde, daß das Obertribunal jemals zur formellen Giltigkeit einer bei der Veräußerung einer Liegenschaft vorbehaltenen Realdienstbarkeit ein von dem Erkenntniß über die Liegenschaftsveräußerung abgesondertes weiteres Erkenntniß als wesentlich verlangt hätte. (K.)

---

4) Gehören die Meßner zu den Kirchendienern im Sinne des Art. 9 des Gesetzes vom 19. April 1865.

(Mitgetheilt von Hrn. Rechtskonsulent Walter in Saulgau.)

Die Frage, ob die Meßner zu den Kirchendienern im Sinne des Art. 9 des Gesetzes vom 19. April 1865 gehören und die nach Maßgabe des Art. 1 dieses Gesetzes von den Leistungspflichtigen zur Ablösung gebrachten Meßnerbesoldungen nach Art. 9 von dem Staate zu übernehmen seien, hat die K. Ablösungskommission durch Entscheidung vom 14. Juni 1866 in Sachen der Parochianen von S. und der F. St.-H. Th. und T. gegen die K. St.-F.-V. in folgender Begründung verneint:

Digitized by Google

„Es kann hier unerörtert bleiben, ob in andern Gesetzen, wie namentlich in dem Volksschulgesetze vom 29. Sept. 1836 und dem Gesetze vom 25. Mai 1865 die Meßner als Kirchendiener bezeichnet worden sind, für das im vorliegenden Falle zur Anwendung zu bringende Gesetz vom 19. April 1865 steht nach den ständischen Verhandlungen jedenfalls außer Zweifel, daß der Ausdruck „Kirchendiener" in Art. 9 als gleichbedeutend mit „Geistliche" genommen wurde und die Meßner nicht unter den Kirchendienern im Sinne dieses Artikels begriffen werden wollten. Schon die Begründung der betreffenden Bestimmung des Regierungs-Entwurfes im Eingange der Motive zu demselben, welche dahin geht, daß die kaum erst vollzogene Neuregulirung der Gehalte der Kirchen- und Schulstellen als unabweisbare Forderung nahe lege, diese Gehalte nicht alsbald wieder durch die Folgen der Komplexlastenablösung einer durchgreifenden Schmälerung zu unterwerfen, welcher die Gehalte der Schuldiener ohnehin nicht fähig wären, während bei denen der Kirchendiener noch besonders in Betracht komme, daß bei deren Neuregulirung, beziehungsweise Aufbesserung von der Voraussetzung ihres unverkürzten Fortbestandes ausgegangen worden sei u. s. w., weist darauf hin, daß hier, soweit es sich um die Gehalte der Kirchendiener handelt, nur an die Besoldungen der Geistlichen gedacht wurde. Daß aber die Ablösungskommission der Kammer der Abgeordneten sich diese Auffassung aneignete, ist aus dem von derselben über den Gesetzesentwurf erstatteten, ersten (allgemeinen) Berichte auf's unzweideutigste zu entnehmen.

Nachdem in §. 16 dieses Berichtes bemerkt worden, der Regierungsentwurf gehe Angesichts der Alternative, ob der Ausfall von dem bisherigen Berechtigten getragen, oder ob er vom Staate übernommen, oder ob er zwischen beiden getheilt werden soll, insofern einen Mittelweg, als zu Gunsten gewisser Berechtigter, nemlich der Pfarr- und Schulstellen, der Staat unbedingt durch Uebernahme der bisherigen Leistungen ins Mittel treten soll, während die übrigen

Digitized by Google

bisherigen Lastenberechtigten den Schaden ausschließlich auf sich selbst zu leiden hätten, nachdem sodann in §. 17 unter der Ueberschrift „die Behandlung der Pfarr- und Lehrersbesoldungen" des Weitern von der Besoldung der Kirchen- und Schuldiener gehandelt und hiebei wiederum nur von Pfarr- und Schulstellen gesprochen worden, stellte in §. 18 ihres Berichtes die Kommission das Verhältniß der hier in Betracht kommenden Lasten, wie sich dasselbe nach ihren Anträgen künftig gestalten werde, als folgendes dar:

1) Leistungen für öffentliche Zwecke der politischen Gemeinde werden künftig der letzteren obliegen, mit der Ausnahme, daß ein Theil der Schullehrersbesoldungen theils aus Stiftungsfonds, theils aus der Staatskasse bestritten werden.

2) Die bauliche Unterhaltung der Kirchen und Kapellen, die Bestreitung der Kultkosten, einschließlich der Meßnerbesoldungen ist künftig, soweit die Mittel der Stiftungen nicht ausreichen, von der betreffenden kirchlichen Lokalgemeinde zu besorgen.

3) Die Besoldungen der Geistlichen und die bauliche Unterhaltung ihrer Wohnungen liegen, abgesehen von den hiefür vorhandenen lokalen Dotationen, den herkömmlichen Leistungen der kirchlichen Gemeinden selbst und den Beiträgen der kirchlichen Lokalfonds, der Staatskasse ob.

Die hierauf gegründeten Anträge der Kommission wurden bei den nachfolgenden Verhandlungen, — bei welchen von dem Berichterstatter wiederholt bemerkt wurde, daß der Entwurf die Besoldungslasten für Geistliche und Lehrer, soweit Ausfälle durch die Ablösung entstehen, im Wesentlichen der Staatskasse auflege, während die übrigen Lasten ohne weitere Entschädigung des bisherigen Berechtigten nach dem vorgesehenen Maßstabe abgelöst werden (vergl. Verh. der Kammer der Abgeordneten vom Jahr 1864, Sitzung 64, S. 1406 und Sitzung 65, S. 1455, 1956), — von der Kammer der Abgeordneten angenommen, ohne daß eine einzige Stimme sich für die Subsumirung der Meßner

Digitized by Google

unter die Kirchendiener im Sinne des Art. 9 des Gesetzes erhoben hätte und in gleicher Weise stimmte auch die Kammer der Standesherrn dem Artikel zu."

Auf ergriffenen Rekurs wurde diese Entscheidung von dem K. Geheimenrath durch Erkenntniß vom 7. August 1866 in folgender Begründung bestätigt:

„Die Geschichte der Verabschiedung des Art. 9 des Gesetzes vom 19. April 1865, betreffend die Ablösung von Leistungen für öffentliche Zwecke, läßt keinem Zweifel darüber Raum, daß unter den gesetzgebenden Faktoren vollkommene Uebereinstimmung darüber bestanden hat, daß unter den „Kirchendienern", soweit es von Uebernahme ihrer Besoldungen auf die Staatskasse gegen Ueberweisung der von den seitherigen Leistungspflichtigen zu entrichtenden Ablösungskapitalien sammt Zinsen an dieselbe sich gehandelt hat, nur die Geistlichen zu verstehen sind. Es genügt in dieser Beziehung auf die Entscheidungsgründe der K. Ablösungskommission zu verweisen. Es kann auch nicht behauptet werden, wie in der Rekursschrift geschieht, daß die Auslegung, welche die K. Ablösungskommission dem bezüglichen Gesetzesartikel gegeben hat, mit der früheren Gesetzessprache im Widerspruch stehe. Vielmehr findet man, wenn man einen Blick auf die früheren Gesetze und Verordnungen wirft, daß gerade da, wo von den Kirchendienern schlechthin die Rede ist, darunter nur die Geistlichen zu verstehen sind. Dies trifft zu bei der Verfassungsurkunde §. 73, 74, 80, 146; dem Strafgesetzbuch Art. 447—451; der Verordnung vom 23. Aug. 1825, betreffend den Wirkungskreis ꝛc. der gemeinschaftlichen Oberämter §. 2, 24; dem Gesetze vom 14. August 1849, betreffend die Einwirkung der Ablösungsgesetze auf das Einkommen der Kirchen- und Schuldiener Art. 1—4. Wo man dagegen auch die Meßner unter den Kirchendienern, die Meßnerstelle unter den Kirchendiensten bezeichnen will, ist dieß überall durch einen Beisatz, wie „niedere Kirchendiener", „das niedere Personal

Digitized by Google

der Ortskirchen", „Kirchendiener mit Einschluß der Meßner" „niederer Kirchendienst" besonders hervorgehoben worden. So in den Amtsvorschriften für die evangelischen Kirchenkonvente vom 29. Okt. 1824, §. 22; in der bereits angeführten K. Verordnung vom 23. August 1825, §. 3; in dem Bürgerrechtsgesetz vom 4. Dezbr. 1833, Artikel 59, Ziffer 2, lit. c; in der K. Verordnung vom 29. Dez. 1836, betreffend das Besetzungsrecht zu den für sich bestehenden Stellen der Meßner ꝛc., Eingangssatz; in dem obengenannten Gesetze vom 14. August 1849, Art. 5; in den Volksschulgesetzen vom 29. Sept. 1836, Art. 34, 41 und vom 23. Mai 1865, Art. 7 und 9.

Wenn im Laufe der Berathung des Entwurfes des letztgenannten Gesetzes in der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 3. Januar 1865, auf welche die Vertreter der Rekurrenten wiederholt sich berufen haben, der Meßnerdienst neben der Bezeichnung als „niederer Kirchendienst" hin und wieder auch „Kirchendienst" „Kirchenamt" schlechtweg genannt worden ist, so kann hierauf für die Entscheidung der vorliegenden Frage ein Gewicht nicht gelegt werden, da anerkannt werden kann, daß der Meßnerdienst zum Kirchendienste im weiteren Sinne des Wortes gehört.

Ebenso unerheblich ist, unter welcher Etats- oder Rechnungsrubrik die Besoldung des Meßners in S. bis zur Ablösungsanmeldung vorgetragen worden sein mag, da die Entscheidung nicht darauf beruht, daß diese Besoldung auf dem Etat der Kultkosten gelaufen sei, sondern darauf, daß sie überhaupt nicht unter die Leistungen zu Besoldungen von Kirchendienern im Sinne des Art. 9 des Komplexlastenablösungsgesetzes gerechnet werden könne. [1]"

[1] Vgl. Steinheil, das Gesetz wegen Ablösung von Leistungen für öffentliche Zwecke, S. 114 u. f.

Digitized by Google

5) Ist im Falle der käuflichen Abtretung des Antheils eines Gesellschafters an den Immobilien der Gesellschaft an einen andern Gesellschafter die Accisgebühr anzusetzen?

(Mitgetheilt von Herrn Rechtskonsulent Rödinger in Stuttgart.)

Ueber die in der Ueberschrift formulirte Frage hat das K. Finanzministerium am 17. September 1866 in Abänderung eines Beschlusses des K. Steuerkollegiums vom 30. Juni 1866 folgende Entscheidung gefällt:

In Erwägung

1) daß nach Art. 34, Abs. 5 letzter Satz des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch vom 13. August 1865 (Regbl. S. 223) wegen des bloßen Ein- oder Austritts von Mitgliedern einer Handelsgesellschaft, welche liegenschaftliches Vermögen besitzt, kein gerichtliches Erkenntniß und keine Accise-Erhebung stattzufinden hat, und daß dieser Fall vorhanden ist, wenn bei einem solchen Ein- oder Austritt das Recht der Gesellschaft als solcher an dem liegenschaftlichen Vermögen unverändert bleibt, mögen sich auch die ideellen Antheile der einzelnen Gesellschaftsmitglieder an diesem Vermögen ändern:

2) daß im Gegensatz hievon nach dem erwähnten Gesetze Art. 34, Abs. 5 erster Satz, Verträge, wodurch ein Gesellschafter liegenschaftliches Vermögen an die Gesellschaft abgiebt oder von derselben übernimmt, dem gerichtlichen Erkenntnisse und der Accisepflicht unterworfen sind, in diesem Falle aber eine Veränderung an dem liegenschaftlichen Vermögen der Gesellschaft durch Vermehrung oder Verminderung eintritt;

3) daß in Folge der in Frage stehenden Abtretung des Gesellschaftsantheils des B. an A. das liegenschaftliche Vermögen der Gesellschaft des genannten Fabrikgeschäfts als solches eine Veränderung nicht erlitten hat, indem das aus der Gesellschaft austretende Mitglied B. von dem liegenschaftlichen Vermögen des Geschäftes nichts hinwegge-

Digitized by Google

nommen hat, und A. keine Liegenschaft, die nicht schon im Eigenthum der Gesellschaft sich befand, derselben zubrachte, vielmehr jene Abtretung nur eine Aenderung des idealen Antheils des Mitglieds A. innerhalb der Gesellschaft zur Folge hatte, somit der in Ziffer 1 bezeichnete Fall vorliegt;

4) daß nach der bei den Akten befindlichen Beurkundung des Gemeinderaths X. vom 14. Juni 1866 das liegenschaftliche Vermögen der Gesellschaft im Güterbuche wirklich auf dieselbe unter dem Namen der Firma A., B. u. Comp. eingetragen ist, wobei die weitere Bezeichnung der Antheile der einzelnen Theilhaber der Fabrik im Güterbuch nach Art. 34, Abs. 2 des ebengedachten Gesetzes als Nebensache erscheint;

wird vom K. Finanzministerium erkannt, daß der zwischen B. und A. abgeschlossene Vertrag nicht Gegenstand der Accise ist, wornach die vom Steuerkollegium am 30. Juni 1866 ausgesprochene Entscheidung außer Wirksamkeit gesetzt wird.

---

6) Zur Alimentation der ehelichen Kinder sind beide Eltern auch nach Scheidung ihrer Ehe verbunden.*)

(Von Herrn Oberjustizprokurator Dr. Gmelin in Tübingen.)

Das römische Recht legt bekanntlich die Pflicht, die

*) Bemerkung der Redaktion. Die in obigem Aufsatze vertheidigte Ansicht, daß die in den Bestimmungen des württembergischen Rechtes gegründete Verbindlichkeit beider Eltern zur Alimentation ihrer ehelichen Kinder durch die Scheidung der Ehe der Eltern nicht alterirt werde, hatte auch das hiesige Obertribunal in einer Entscheidung vom 31. Januar 1837 angenommen, während dasselbe in neueren Entscheidungen vom 7. Dezember 1858, 11. Dezember 1860 und 30. Dezember 1864 der entgegengesetzten Ansicht gefolgt ist, daß nach Scheidung der Ehe der Eltern der Vater vor der Mutter verpflichtet sei, seine ehelichen Kinder zu ernähren, eine Ansicht, welche auch der Gerichtshof zu Tübingen in einer Entscheidung vom 15. Novbr. 1853 aufgestellt hat. Vergl. dieses Archiv Bd. IV, S. 439 f.; Tafel, Civilrechtssprüche Bd. VI, S. 339 f.; Hufnagel, Mittheilungen Bd. I, S. 34 ff. (K.)

Digitized by Google

ehelichen Kinder zu ernähren, zunächst ausschließlich dem Vater auf.[1] Die Scheidung der Ehe der Eltern ändert daran nichts.[2] Dieser letztere Satz würde zu Recht bestehen, auch wenn ihn Justinian in der Nov. 117, cap. 7 nicht ausdrücklich ausgesprochen hätte. Denn die Ehescheidung kann an den Rechten Dritter, also auch der Kinder, nichts ändern. Dieses folgt schon aus dem allgemeinen Satze: „inter alios acta aliis nocere non posse.“[3] Denn hienach gibt es kein Recht, dem Gläubiger einen andern Schuldner aufzudringen.[4] Auch das ist nichts Neues, daß Justinian an derselben Stelle, wenn der Vater inops und die Mutter dives ist, die Ernährungspflicht der letztern auferlegt, da sie schon nach älterem Rechte subsidiarisch haftete und zwar auch für die Dauer der Ehe.[5] Gleichwie nun das römische Recht der Ehescheidung nicht die Wirkung beilegt, daß dadurch an der Pflicht des Vaters, aushilfsweise der Mutter, etwas geändert wird, so wird derselbe Grundsatz auch für das württembergische Recht gelten, da dasselbe über die Wirkungen der Ehescheidung in dieser Beziehung keine Bestimmungen enthält.*) Nun aber liegt

---

[1] l. 4, l. 5 pr. §. 1, 3, 6, l. 8 D. de agnosc. lib. (25, 3); l. 8 §. 5 Cod. de bonis quae liberis (6, 61); Thibaut, Syst. des Pandektenrechtes, Ausg. 8, Bd. I, §. 240; Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Civilrechtes, Aufl. 5, Bd. II, §. 284; Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Ausg. 2, Bd. I, §. 211; Reyscher, württembergisches Privatrecht Bd. III, §. 562.

[2] Wening-Ingenheim a. a. O. Note a; Glück, Kommentar Bd. XXVII, §. 1272b, S. 104.

[3] Tit. Cod. (7, 60); l. 27, §. 4 D. de pactis (2, 14); l. 25 Cod. eod; l. 74 D. de R. J. (50, 17).

[4] Holzschuher, gemeines Civilrecht Bd. II, Abthlg. 2, S. 228.

[5] l. 5 §. 1, 3 D. de agn. et al. lib. (25, 3).

*) Bemerkung der Redaktion. Auch die neueste Entscheidung des Obertribunals geht davon aus, daß die Bestimmung der Nov. 117, cap. 7, wonach die Kinder nach erfolgter Scheidung der Ehe ihrer Eltern zunächst von dem Vater zu alimentiren sind und erst im Falle der Unvermöglichkeit desselben zur Ernährung

Digitized by Google

bekanntlich nach inländischem Rechte die Ernährung der ehelichen Kinder zunächst nicht dem Vater allein, sondern der ehelichen Errungenschaftsgesellschaft, d. i. dem Ehemann und der Ehefrau ob.[6] Wenn nun auch durch die Scheidung diese Gesellschaft aufgelöst wird, so kann dadurch die Verbindlichkeit der Gesellschafter gegen dritte Personen, also hier gegen die Kinder, nicht aufgehoben, noch sonst alterirt werden. Dieses folgt schon aus dem oben angeführten allgemeinen Rechtssatze, welcher auch bei der Auflösung von Gesellschaften Anwendung findet, wie denn auch der Satz, daß durch die Aufhebung der Gesellschaft an den zwischen ihr und Dritten begründeten Verhältnissen nichts geändert wird, sowohl im allgemeinen,[7] als auch insbesondere hinsichtlich der ehelichen Gesellschaft anerkannt ist.[8] Da nun die eheliche Gütergemeinschaft ein rein deutsches Institut ist, so ist ihm seine volle Giltigkeit zu wahren,[9] mithin die

---

der Kinder die vermögliche Mutter einzutreten hat, auf dem allgemeinen Satze beruhe, daß die Ehescheidung der Eltern an den ihren Kindern ihnen gegenüber zustehenden Rechten nichts ändern könne und aus diesem Grunde, da nach römischem Rechte schon während der Dauer der Ehe die Verbindlichkeit zur Alimentation der ehelichen Kinder zunächst dem Vater und nur aushilfsweise der Mutter obliege, dasselbe auch nach Scheidung der Ehe gelten müsse. Fraglich ist nur, ob aus jenem Satze auch gefolgert werden kann, daß die nach württ. Rechte beiden Eltern gleichmäßig obliegende Alimentationspflicht auch nach Scheidung der Ehe der Eltern fortdauere. (K.)

[6] Landrecht Thl. IV, Tit. 4, §. 6—8; Griesinger, Kommentar Bd. VIII, S. 449; Weishaar, württemberg. Privatrecht, Ausg. 3, Bd. I, §. 155, 156; Reyscher, a. a. O. Bd. III, §. 562; Bierer, württemb. Privatrecht Bd. III, S. 22, Nro. 1.

[7] Sintenis, das gemeine Civilrecht Bd. II, §. 121, S. 717; v. Bülow und Hagemann, Erörterungen Bd. VI, Nro. 62.

[8] In Beziehung auf Dritte müssen alle Rechtsverhältnisse welche als Wirkungen der Gütergemeinschaft während ihrer Dauer entstanden sind, auch nach Auflösung derselben, ungeschmälert erhalten werden. Runde, deutsches eheliches Güterrecht, §. 101, S. 225, §. 102, S. 229.

[9] Wächter, württemb. Privatrecht Bd. I, §. 130, S. 1107; Reyscher, a. a. O., Ausgabe 2, Bd. I, §. 71.

Digitized by Google

Frage, wer den ehelichen Kindern nach Scheidung der Ehe ihrer Eltern Alimente zu reichen habe, nicht nach dem römischen Rechte, sondern aus der Natur der ehelichen Gütergemeinschaft zu beantworten; folglich haben diese Last beide Ehegatten, wie während der Ehe, so auch nach deren Scheidung zunächst zu gleichen Theilen zu tragen.

---

7) Zum Verfahren bei mangelhafter Waare; insbesondere von der Dispositionsstellung.

Beiträge aus älteren Akten.[1]

(Gesammelt von Herrn Rechtskonsulent L. Meyer in Stuttgart.)

Die nachstehenden Gutachten und Entscheidungen gehören der Zeit vor Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches in Württemberg an. Abgesehen von ihrem Werthe für ältere Fälle dürften jedoch dieselben dadurch immer noch Interesse bieten, daß sie theils einzelne von dem Handelsgesetzbuche nicht entschiedene Fragen berühren, theils soweit der ältere Handelsgebrauch und das Handelsgesetzbuch unter sich übereinstimmen, auch für die Anwendung des letztern Anhaltspunkte abgeben.

1) Zusendung unbestellter Waaren; Unterlassung der Anzeige der Nichtannahme (HGB. Art. 323).

Es ist in Württemberg als Handelsgebrauch anerkannt, daß ein Kaufmann, welcher bestellte Waaren zu beanstanden Ursache findet, dieß innerhalb 14 Tagen nach Empfang der Waaren thun müsse,[2] soferne die Mängel, auf welche

---

[1] Für die dem Verfasser gestattete Einsicht der Akten der K. Centralstelle für Handel und Gewerbe sieht sich derselbe verpflichtet, seinen Dank hiemit abzustatten.

[2] Die Formulirung der Regel ist hier, wie auch sonst vielfach, nicht ganz genau. Vielmehr wurde in dem maßgebenden Gutachten der Privathandelskammer Stuttgart vom 28. August 1844 (Entscheidungen der Handelsschiedsgerichte I. Lieferung, S. 106 ff., Nr. 2) ausgesprochen, daß der Käufer einer Waare, wenn er gegen deren

Digitized by Google

er die Beanstandung stützt, nicht etwa geheime sind und daß der Absender im anderen Falle annehmen dürfe, daß ihm seine Sendung in Ordnung kreditirt sei. Die Handelskammer findet diesen Handelsgebrauch in der Natur der Sache begründet, dagegen konnte sie sich nicht entschließen, denselben auch im vorliegenden Falle analog anzuwenden. In diesem stehen sich zwei Behauptungen gegenüber:

1) die des Versenders, daß die abgesandten Waaren von dem Empfänger bestellt gewesen seien;

2) die des Empfängers, daß ihm der Reisende des Versenders gesagt habe, er werde noch andere Waaren, als die bestellten erhalten, für deren Verkauf er sich bemühen möge, welche er aber, wenn dieser nicht gelinge, zurücksenden dürfe.

Ist letzteres der Fall, so hat die Handels- und Gewerbekammer, denn von einem widersprechenden Handelsgebrauche ist ihr nichts bekannt, die Ueberzeugung, daß dem Empfänger trotz des Wortlauts der Faktura eine andere Verpflichtung in Betreff der von ihm nicht bestellten Waaren nicht oblag, als für gute Aufbewahrung des Eigenthums des mit ihm in Geschäftsverbindung stehenden Versenders zu sorgen. Es würde als fast gefährlich erscheinen, wenn man den Grundsatz aufstellen wollte, die Nichtbeant-

---

Beschaffenheit Einwendungen machen oder sie wegen Mangelhaftigkeit zur Verfügung des Verkäufers stellen wolle, verbunden sei, dieses längstens innerhalb 14 Tagen, vom Tage der Ankunft der Waare an, zu thun, und daß damit nicht gesagt werden wolle, der Empfänger der Waare solle mit dieser Anzeige bis zu den letzten Tagen vor Ablauf der Frist zuwarten, daß die Anzeige vielmehr, wo immer möglich, schon in den nächsten Tagen nach Eintreffen der Waare zu erfolgen habe. — Diese Ansicht wurde nach dem Zeugniß mehrerer Mitglieder der Stuttgarter Handelskammer, wenigstens von dieser stets festgehalten. In diesem Sinne wurde von denselben Mitgliedern eine Einwendung gegen die Vorarbeiten zum Handelsgesetzbuche nicht erhoben, und es kann der früher bestandene Handelsgebrauch auch jetzt noch zur Anwendung kommen (letzteres gegen Lautenschlager S. 192, Note 142).

Digitized by Google

wortung einer Faktura in gewisser Frist bedinge deren unweigerliche Annahme. *)

Gutachten der Handels- und Gewerbekammer Stuttgart von 1861.

---

*) Anmerkung der Redaktion. In dem obigen Gutachten sind zwei Fragen berührt, welche nicht zusammengeworfen werden dürfen, sondern streng aus einander zu halten sind. Der im Eingange erwähnte Handelsgebrauch hat ein bereits geschlossenes Kaufsgeschäft zur Voraussetzung, indem sich derselbe auf die Gewähr für die Mängel der verkauften Sache bezieht und dahin geht, daß der Käufer, welcher die ihm übersandten Waaren nicht als empfangbar anerkennen und seine Rechte wegen Mangelhaftigkeit der Waaren geltend machen will, dieß innerhalb vierzehn Tagen von der Ankunft der Waare an dem Verkäufer anzeigen müsse, widrigenfalls, abgesehen von geheimen Mängeln der Waare, deren Empfangbarkeit als anerkannt betrachtet werde. Diesem in den Bedürfnissen des Handelsverkehres wurzelnden Handelsgebrauche entspricht die Bestimmung des Art. 347 des a. d. Handelsgesetzbuches, welche sich übrigens nur auf Fälle, wo die Waare von einem andern Orte übersandt wird, nicht auch auf Platzgeschäfte, bezieht; vergl. Auerbach, Handelsgesetzbuch Abth. II, S. 181 ff. Für jene Fälle bestimmt das Handelsgesetzbuch 1) daß der Käufer die Waare ohne Verzug nach deren Empfang zu untersuchen habe, soweit dieß nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange thunlich sei; vergl. Busch, Archiv Bd. III, S. 90, 97; Auerbach, Handelsgesetzbuch Abth. II, S. 119 f.; 2) daß der Käufer a) diejenigen Mängel, welche erkennbar sind, wenn die Waaren der erstgedachten Bestimmung gemäß untersucht werden, dem Verkäufer sofort anzuzeigen habe, b) diejenigen Mängel aber, welche auch bei einer sofortigen Untersuchung, wie sie dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange entspricht, nicht erkennbar sind, ohne Verzug nach deren Entdeckung dem Verkäufer anzuzeigen habe; 3) daß im Falle der Versäumniß der rechtzeitigen Anzeige der Mängel die Waare, im Falle ad 2 a rücksichtlich der sofort erkennbaren, im Falle ad 2 b auch rücksichtlich der später entdeckten Mängel als genehmigt gelten solle. Eine bestimmte Frist für die Anzeige der Mängel ist in dem Handelsgesetzbuche wegen der Verschiedenheit der Fälle absichtlich nicht festgesetzt, es ist nur im allgemeinen die sofortige, unverzügliche Anzeige vorgeschrieben, um dem richterlichen Ermessen für die Beurtheilung der Frage, ob im einzelnen Falle ein Verzug vorliege, freien Spielraum zu lassen. Dagegen ist 4) im Art. 349, Abs. 1 des Handelsgesetzbuches

Digitized by Google

2) Nichtempfangbarkeit gekaufter Waaren; Mangel vertragsmäßiger Beschaffenheit; bessere Qualität. (HGB. Art. 346).

Nach dem eigenen Zugeständnisse des Klägers (Verkäufers) hat derselbe dem Beklagten (Käufer) nicht die von

---

bestimmt, daß Mängel der Waaren, welche erst nach Ablauf von sechs Monaten seit der Ablieferung an den Käufer von diesem entdeckt werden, überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden können. — Hievon durchaus verschieden ist der Fall, in welchem es sich um Zusendung unbestellter Waaren handelt; hier kann der besagte frühere Handelsgebrauch so wenig, als die Bestimmung des Art. 347 des Handelsgesetzbuches Anwendung finden und auch von einer Analogie keine Rede sein. Es liegt in diesem Falle ein geschlossener Vertrag noch gar nicht vor, sondern nur ein Antrag zu einem Vertrage oder ein Auftrag, und die Frage kann nur sein, ob und inwiefern sich aus dem Stillschweigen des Empfängers eine Genehmigung des Antrags oder eine Annahme des Auftrags folgern läßt. In dieser Beziehung wird man aber dem Gutachten vollkommen beistimmen müssen, daß es ein höchst gefährlicher und nicht zu rechtfertigender Satz wäre, wenn man schon in der Nichtbeantwortung eines Antrags, einer Offerte, eine Annahme desselben finden wollte. In der Regel kann Demjenigen, welchem eine Vertragsofferte gemacht wird, nicht zugemuthet werden, daß er dieselbe beantworten müsse, und auch im kaufmännischen Verkehre besteht in dieser Beziehung keine Rechtspflicht, so daß die Unterlassung der Beantwortung im allgemeinen weder als Annahme, noch als Ablehnung des Antrags angesehen werden kann. Thöl, Handelsrecht Bd. I, 4. Aufl., §. 57, S. 363, 364. Dagegen bestimmt der Art. 323 des Handelsgesetzbuches, daß der Kaufmann, welchem ein Auftrag gegeben werde, dann, wenn zwischen ihm und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung bestehe oder er sich gegen den letzteren zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten habe, zu einer Antwort ohne Zögern verpflichtet sei, widrigenfalls sein Schweigen als Uebernahme des Auftrags gelte. Es ist dieß jedoch eine Ausnahmebestimmung für die bezeichneten Fälle; besteht zwischen den Kaufleuten in Frage keine Geschäftsverbindung und hat sich der beauftragte Kaufmann dem Auftraggeber zur Uebernahme solcher Aufträge nicht erboten, so gelten die allgemeinen Rechtsgrundsätze. Endemann, Handelsrecht §. 94, Ziff. II, S. 462, 463. Vergl. auch den Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 690. (K.)

Digitized by Google

dieſem beſonders beſtellte Qualität der Waare geliefert und erſcheint hienach die Diſpoſitionsſtellung des Beklagten als gerechtfertigt. — Wenn die gelieferte Waare auch von beſſerer Qualität, als die beſtellte, geweſen wäre, ſo war der Beklagte doch nicht verbunden, die Waare anzunehmen, weil er eine andere Qualität beſtellt hatte, welche allein ſeinen Zwecken dienen konnte.

Entſcheidung des Privathandelsſchiedsgerichtes Ulm vom 9. Januar 1854.

3) Mangel der vertragsmäßigen Beſchaffenheit der gekauften Waare; vorgeſchriebenes Maß. (HGB. Art. 346.)

Da aus der von dem Beklagten (Käufer) vorgelegten Faktura des Klägers (Verkäufers) deutlich hervorgeht, daß dieſer Bandſtücke im Maß von mindeſtens 24 Brabanter- oder 27 württembergiſchen Ellen liefern wollte und zu liefern hatte, die gelieferten Bandſtücke aber dieſes Maß nicht haben, hat Beklagter dieſe Bänder dem Kläger mit Recht zur Diſpoſition geſtellt.

Entſcheidung des Privathandelsſchiedsgerichtes Heilbronn vom 26. Mai 1851.

4) Kenntniß der Mangelhaftigkeit der gekauften Waare Seitens des Käufers; culpa.[3]

Es waren alte Branntweinhäfen mit meſſingenen Hahnen, um einen per Pfund feſtgeſetzten Preis gekauft worden.

---

[3] Das gemeine Recht ſetzt bekanntlich culpa lata voraus, und die herrſchende Meinung erkennt wohl auch für ſolche Mängel, welche blos dem Auge des Kenners ſichtbar ſind, den Verkäufer als haftpflichtig. Geſterding im civ. Archiv Bd. IV, Nro. 5.

Zuſatz der Redaktion. Der Dresdener Entwurf eines gemeinſamen deutſchen Geſetzes über Schuldverhältniſſe beſtimmt im Art. 74: „Für Mängel, welche der Erwerber zur Zeit der Schließung des Vertrages gekannt hat, haftet der Veräußerer nicht. Für Mängel, welche der Erwerber nicht gekannt hat, aber bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerkſamkeit hätte wahrnehmen müſſen, ohne Unterſchied, ob dieſelben von einem Jeden, oder, ſofern der

Der Sachverständige hatte erklärt, daß die Bleilöthungen, welche sich allenthalben an den Auslaufröhren, resp. messingenen Hahnen von kupfernen Branntweinhäfen befinden, dergestalt mit Kupfer überzogen seien, daß ihr Umfang von Außen und ohne daß die Röhren geöffnet werden, von einem Manne, der nicht Sachverständiger sei, nicht wahrgenommen werden können; daß bei Kesseln von dem Gewichte und Gehalte, wie die in Frage stehenden, die Bleilöthung, ohne daß sie für übertrieben und das gewöhnliche Maß übersteigend angesehen werden könnte, bei den kleineren Kesseln in 12—15 Pfd., bei den größeren in 20—22 Pfd. bestehen dürfte, daß aber das Gewicht des zu den Löthungen verwendeten Bleis sogar nicht selten mehr oder weniger überschritten werde. Danach wurde ausgesprochen, daß die Kläger (Käufer) als Männer vom Fache nicht allein jene von Sachverständigen bestätigte Regel kennen, sondern auch die nicht seltenen Ueberschreitungen derselben wissen, daher, wenn sie auch in diesem Falle das Blei an den fraglichen Kesseln hätten ausnehmen wollen, in dieser ihrer Sachkenntniß die Veranlassung hätten finden müssen, deutlicher zu reden und den Beklagten (Verkäufern) ausdrücklich zu erklären, daß sie auch bei diesen Kesseln andere Bestandtheile, als das Kupfer und die messingenen Hahnen, nicht annehmen, sondern den Beklagten die Bleilöthung überlassen werden.

Entscheidung des Privathandelsschiedsgerichtes Heilbronn vom 20. Dezember 1853.

Erwerber Sachkenner ist, von ihm wahrgenommen werden mußten, haftet der Veräußerer nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat. Sind Sachen von einem solchen Umfange veräußert worden, daß eine Untersuchung der veräußerten einzelnen Sachen nicht möglich oder im Verkehre nicht üblich ist, so wird die Haftpflicht des Veräußerers nicht durch die Augenfälligkeit der Mängel, sondern nur dadurch ausgeschlossen, daß der Erwerber die Mängel gekannt hat." Vergl. Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes S. 613—616, 4068—4070. (K.)

Digitized by Google

5) Pflicht des Käufers zur sofortigen Anzeige der erkennbaren Mängel gekaufter Waare; Wein in Fässern.[4] (HGB. Art. 347.)

Das Bestehen einer Ausnahme von dem Handelsgebrauche — wonach der Käufer einer Waare, welcher solche nicht als empfangbar anerkennen will, die erkennbaren Mängel längstens binnen 14 Tagen vom Tage der Ankunft der Waare an dem Verkäufer anzuzeigen hat (vergl. oben Nro. 1) — beim Weinhandel ist uns nicht bekannt geworden; wohl aber ist es ziemlich allgemein üblich, daß die Weinhandlungen bei ihrem kleinen Verkehre mit den Wirthen durch besonderen Beisatz auf Preisverzeichnissen oder Rechnungen die Frist für Reklamationen verlängern. Es wird dieß aber als ein Privatübereinkommen für den einzelnen Fall zu betrachten sein, durch welches dem allgemeinen Grundsatze kein Abbruch geschieht. Die Fristverlängerung ist auch sehr verschieden, wird aber häufig auf 4 Wochen anzunehmen sein. Sie gründet sich darauf, daß mancher Wein nach der Versendung einiger Ruhe bedarf, ehe er genau beurtheilt werden kann. Es ergiebt sich hienach als Regel, daß, wenn nichts Anderes in der Faktura oder im Preisverzeichniß steht, Mängel am Gewicht, beziehungsweise Maß, sowie die sicher wahrnehmbaren Mängel an der Qualität binnen 14 Tagen nach Empfang anzuzeigen sind, daß es aber dem Käufer zustehen muß, wenn er Qualitätsmängel zu finden glaubt, eine definitive Erklärung, ob er die Annahme verweigere, sich für weitere 14 Tage vorzubehalten, damit er bis dahin den Wein weiter lagern und sicher prüfen könne. *)

Gutachten d. K. Centralstelle f. Handel u. Gewerbe v. 2. Nov. 1864.

[4] Vergl. Nürnberger Protokolle S. 643, 644, 651, 652.

*) Bemerkung der Redaktion. Das obige Gutachten zeigt, welch' guten Grund es hat, daß das Handelsgesetzbuch keine bestimmte Frist für die Anzeige der Nichtempfangbarkeit der dem Käufer übersandten Waare aufgestellt, sondern die Beurtheilung, ob im einzelnen Falle die Anzeige rechtzeitig erfolgt ist, in das richterliche Ermessen gestellt hat. (K.)

Digitized by Google

6) Ausdehnung der Anzeigepflicht auf Fälle der Werkverdingung.

Es hätte, sagen die Gründe der unten bezeichneten Entscheidung über eine Spinnlohnforderung, der Beklagte nach anerkanntem Handelsgebrauche die Verpflichtung gehabt, etwaige gegründete Einwendungen gegen die Qualität des bei dem Spinnen gebrauchten Oels innerhalb 14 Tagen von Empfang des Garnes an vorzubringen, weil nach dem Ausspruch des Sachverständigen die Art des gebrauchten Oels für den Beklagten alsbald bei Empfang des Garnes erkennbar gewesen wäre. [5]

Entscheidung des Privathandelsschiedsgerichtes Reutlingen vom 23. März 1857.

7) Der Käufer genügt seiner Anzeigepflicht durch Absendung der Anzeige.

Nach dem in Württemberg bestehenden Handelsgebrauche hat der Empfänger einer Waare vom Empfange an 14 Tage Frist, die Waare zu besichtigen und Ausstellungen zu erheben; die Ausstellungen müssen aber innerhalb dieser Zeit nicht in die Hände des Versenders gelangt seyn; es genügt, daß die Aufgabe an die Post erfolgt. [6]

Gutachten der K. Centralstelle für Handel und Gewerbe vom 7. Novbr. 1860.

---

[5] Die Bestimmungen des Art. 349 und der folgenden des Handelsgesetzbuches beziehen sich nur auf Käufe. Für das Kommissions-, Speditions- und Frachtführ-Geschäft enthält das Handelsgesetzbuch anderweite Bestimmungen. Die Anwendung der zuerst gedachten Bestimmungen des Handelsgesetzbuches auf andere Handelsgeschäfte, als Käufe, ist jedoch wohl ebenso zuläßig, als die Anwendung jener Bestimmungen auf die Quantität der gelieferten Waare (Handelsgerichtszeitung von 1866, Nro. 13, 15, 39, 48 und von 1867, Nro. 28 in Sachen H. c. K. EBB.) Bemerkung der Redaktion. Diese Ansicht dürfte erheblichen Bedenken unterliegen. (K.)

[6] So auch nach den Nürnb. Prot. S. 665. Ebenso bemerkt Thöl, Handelsrecht Bd. I, 4. Aufl., §. 84 a, Ziff. 3, es genüge, damit der Käufer die Rechte wegen Nichtempfangbarkeit habe, die rechtzeitige Absendung der Anzeige. Der Civilsenat des K. Ge-

Digitized by Google

8) Frist zur Anzeige der Mängel an den Verkäufer, wenn die Faktura erst mit der Waare übersandt wird.

Es war behauptet, nach einer allgemein üblichen Handelsgewohnheit müsse jeder Absender einer Waare den Besteller vor der Absendung durch Ueberschickung der Faktura durch die Post hievon in Kenntniß setzen, und, wenn dieß nicht geschehen, sei der Besteller zur Empfangnahme der Waare nicht genöthigt, und eben deßhalb auch nicht verpflichtet, die 14tägige Frist zur Untersuchung der Waare und Anzeige etwaiger Mängel einzuhalten.

Darauf wurde erwiedert: Ein allgemein üblicher Handelsgebrauch, wie er hier behauptet wird, besteht nicht. Vielmehr ist es, besonders bei kleineren Waarensendungen, wenn solche durch sichere Boten befördert werden, sehr häufig der Fall, daß die Faktura zur Ersparung des Porto der betreffenden Waarensendung beigelegt wird. Dagegen ist es natürlich, daß in einem solchen Falle der Empfänger der Waare, der von der Absendung derselben keine Kenntniß hat, auch für eine Verfehlung oder Verspätung des Boten nicht verantwortlich sein kann und daß für ihn die betreffende Frist zur Rekognition der Waare jedenfalls erst von da an läuft, wo er die Waare wirklich empfangen hat.

Gutachten der Handels- und Gewerbekammer Stuttgart vom 13. April 1860.

9) Frist zur Anzeige der Mängel, Klauseln in der Faktura.

a. Wenn bei der Bestellung nichts Anderes verabredet wurde, so hat der Versender der Waare nicht die Befugniß, nachträglich dem Empfänger die gebräuchliche Frist zu deren Untersuchung beliebig zu kürzen; die Beifügung einer Bemerkung auf der Faktura, daß Reklamationen binnen einer

---

richtshofes zu Tübingen hat dagegen in einem Erkenntnisse vom 14. Juli 1865 in Sachen A. c. H. auf Grund eines Gutachtens ebenfalls der K. Centralstelle den Empfang der Anzeige für die relevante Thatsache erklärt.

Digitized by Google

kürzeren Frist erhoben werden sollen, ist in diesem Falle nur als ein Wunsch anzusehen. Anders kann auch der Beisatz auf der Faktura, daß Retoursendungen längstens 8 Tage nach Empfang der Waare franko erfolgen müssen, wenn sie berücksichtigt werden sollen, nicht aufgefaßt werden, zumal das Verlangen der Frankoretoursendung so sehr von allem Handelsgebrauche abweicht, daß kein Empfänger den Beisatz als bindend ansehen könnte. Stünde es dem Absender zu, ohne Verabredung bei der Bestellung derlei beliebige Abweichungen vom Handelsgebrauche mittelst Beisatzes auf der Faktura mit der Wirkung vorzuschreiben, daß der Empfänger durch die nach dem Empfange der Faktura erfolgte Annahme der Waare als zustimmend zu jenen Abweichungen gälte, so wäre es völlig in das Belieben des Verkäufers gegeben, jede ihm unangenehm gewordene Bestellung mittelst unannehmbarer Stipulationen in der Faktura rückgängig zu machen. Deßhalb gelten derartige Beisätze auf der Faktura über eine ausgeführte Bestellung nicht als Kaufbedingung, sondern nur als Wunsch.

Gutachten der K. Centralstelle für Handel und Gewerbe vom 7. Nov. 1860.

b. Wenn der Kläger für sich geltend macht, daß seine Faktura die Worte gedruckt enthalte, „daß Reklamationen nach Verfluß von mehr als acht Tagen nicht angenommen werden," — so halten wir nicht dafür, daß der Beklagte dadurch verbindlich geworden sei, wenn er sich nicht bei Bestellung der Waare damit einverstanden erklärt hat. Geschah dieß aber, wie wahrscheinlich, nicht, so erscheint jene Bedingung als ein einseitig ausgesprochenes Präjudiz, welchem wir rechtlich keine Wirkung zugestehen könnten.

Gutachten der Handels- und Gewerbekammer Stuttgart vom 13. April 1860.

10) Verborgene Mängel. Begriff. Reklamationsfrist. (HGB. Art. 347, Abs. 3.)

Eine Ausnahme von dem zur Regel gewordenen Handelsgebrauche (oben Nro. 1) findet bei verborgenen

Digitized by Google

Mängeln einer Waare statt, die nicht durch äußere Sicht erkannt werden können, sondern erst durch tieferes Eindringen in die betreffende Waare selbst, oder im Gebrauche zum Vorschein kommen. In solchen Fällen läßt der in Württemberg bestehende Handelsgebrauch auch spätere Reklamationen zu, und das Recht zu solchen wird auch alsdann nicht aufgehoben, wenn die Waare von dem Empfänger weiter veräußert worden ist. Uebrigens ist es ein unzweifelhafter Handelsgebrauch, daß Reklamationen wegen verborgener Fehler einer Waare alsbald nach deren Entdeckung und folgerichtig auch alsbald nach der bezüglichen Anzeige des nachfolgenden Käufers gemacht werden müssen, wenn sie Berücksichtigung finden sollen.

Gutachten der Handels- und Gewerbekammer Stuttgart vom 17. Aug. 1855.

11) Verborgene Mängel. Frist zur Anzeige. (HGB. Art. 347, Abs. 3; Art. 349, Abs. 1.)

Nach dem in Württemberg bestehenden Handelsgebrauche hat der Empfänger einer Waare von dem Empfange an 14 Tage Frist, die Waare zu besichtigen und Ausstellungen zu erheben. Dieß trifft zu, wenn es sich von Mängeln handelt, welche bei der Untersuchung sofort erkennbar sind. Bei den sog. verborgenen Mängeln dehnt der Handelsgebrauch die Zeit für Anmeldung von Reklamationen in der Regel bis zu sechs Monaten aus, nach deren Ablauf der Mangel der vertragsmäßigen oder gesetzmäßigen Beschaffenheit nicht mehr geltend gemacht werden kann. Im vorliegenden Falle handelt es sich von Bügeleisen, deren güte Beschaffenheit nicht sofort bei der ersten Untersuchung, sondern erst beim Schleifen, oder der sonstigen Bearbeitung entdeckt werden kann, indem sich das Material erst hier als mangelhaft, z. B. als porös, als zu hart u. s. w. erweisen kann. Hier wird eine Frist bis zu sechs Monaten als Handelsgebrauch angesehen werden können, jedenfalls aber nicht eine Frist von Jahr und Tag, wie der Beklagte behauptet. Letzterer beruft sich zwar auf einen beim Hüttenwerk Wasseralfingen

Digitized by Google

bestehenden Gebrauch, wonach Bügeleisen, welche beim Schleifen als porös, oder bei der Bearbeitung als zu hart oder durch einen sonstigen Fehler, welcher vom Gusse herrührt, als unbrauchbar sich erweisen, in dem Falle gegen gute Waare umgetauscht werden, wenn die Zurücksendung franko geschehe. Da der Kläger bestreitet, daß er mit dem Beklagten die gleiche Vereinbarung getroffen, und Letzterer den Beweis hiefür nicht geliefert hat, so kann es sich nicht, wie er behauptet, von einer vertragsmäßigen Verlängerung der Frist für die Haftbarkeit des Verkäufers handeln.

Gutachten der K. Centralstelle für Handel und Gewerbe vom 12. Juli 1865.

12) Verborgene Mängel. Anzeigefrist. Betrug. (HGB. Art. 347, Abs. 3; Art. 349, Abs. 1; Art. 350.)

Mängel, die bei Empfang der Waare nicht sogleich konstatirbar sind, kann man auch später noch geltend machen, nur muß dieß sogleich nach ihrer Entdeckung geschehen. Ein allgemein giltiger Termin hiefür läßt sich indeß nicht bestimmen, es hängt vielmehr im konkreten Falle von den besondern Umständen ab, welchen Termin zu Vorbringung von Einreden der Richter zuzulassen berechtigt sei. In allen Fällen kann die Einrede des Betruges auf eine bestimmte Frist nicht eingeschränkt werden.

Gutachten der Handelskammer Heilbronn im Gewerbeblatt von 1859 Nro. 17, S. 253 f.

13) Theilweise Mangelhaftigkeit.

a. Der Handelsgebrauch steht fest, daß, wenn von einer Sendung verschiedener Waarenartikel einer derselben nicht von der bestellten Qualität ist, oder aus andern triftigen Gründen beanstandet wird, die ganze Sendung zur Disposition gestellt werden kann und muß, es würde denn der Versender die Einwilligung zur theilweisen Verwendung ertheilen. Der Grund hievon liegt im kaufmännischen

Digitized by Google

Verkehre und in den möglicherweise eintretenden Konjunkturen, welche die verschiedenen Artikel treffen können, ehe das Geschäft völlig abgeschlossen ist, und wonach theilweise Dispositionsstellungen leicht zu vielfachen Chikanen Anlaß geben können. [7]

Entscheidung des Privathandelsschiedgerichtes Ulm vom 9. Januar 1854.

b. Nach dem Handelsgebrauche ist der Empfänger gekaufter Waaren keineswegs verbunden, eine Sendung vollständig zurückzuweisen; er behält dasjenige, was seiner Bestellung entspricht, und stellt zur Verfügung, was derselben nicht gemäß ist.

Gutachten der K. Centralstelle für Handel und Gewerbe vom 7. Nov. 1860.

c. Der Beklagte war nicht gehindert, den übrigen Theil der ihm vom Kläger gemachten Waarensendung, da diese Artikel von den zur Verfügung gestellten völlig verschieden sind, anzunehmen.

Entscheidung des Privathandelsschiedsgerichtes Heilbronn vom 26. Mai 1851.

d. Was die eingeklagten Interessen wegen verspäteter Zahlung betrifft, so konnte den Beklagten wegen der mangelhaften Beschaffenheit eines kleinen Theiles der ihnen gesandten Waaren, von welchen die Brauchbarkeit des größeren Theiles gar nicht abhängig ist, nicht das Recht zustehen, die Giltigkeit des ganzen Vertrages in Frage zu stellen; sie konnten von den Klägern nur wegen des mangelhaften Theiles der Lieferung Entschädigung oder Lieferung nach Uebereinkunft verlangen. Die Kläger sind demnach berechtigt, aus dem Betrag des brauchbaren Theiles der

---

[7] Dieser Ausspruch ist durch das in den Entscheidungen der Handelsschiedsgerichte, erste Lieferung, S. 38, 39, Nro. 19 Bemerkte sehr entschuldigt; durch die folgenden Gutachten aber auch für Württemberg widerlegt.

Digitized by Google

Sendung die bedungene dreimonatliche Zahlungsfrist von dem Tage der Faktura an zu berechnen. *)

Entscheidung des Privathandelsschiedsgerichtes Reutlingen vom 6. Juni 1850.

14) Expertise und Deposition keine Pflicht.[8] (HGB. Art. 348, Abs. 2 und 5.)

Die Bezeichnung von Experten oder die Hinterlegung der zur Disposition gestellten Waare in einem öffentlichen Lager geschieht nur des besseren Beweises wegen, und ein hiezu verpflichtender Handelsgebrauch besteht in dieser Beziehung nicht.

Entscheidung des Privathandelsschiedsgerichtes Heilbronn vom 26. Mai 1851.

15) Thatsächliche Genehmigung; Veränderungen an der Waare.

a. Dadurch, daß ein Kaufmann eine ihm zugesandte

*) Bemerkung der Redaktion. Der Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse bestimmt im Art. 177: „Sind von mehreren einzelnen, durch Einen Vertrag veräußerten Sachen nur einige fehlerhaft, so kann, ohne Unterschied, ob ein Gesammtpreis oder ein Preis für die einzelnen Sachen festgesetzt ist, blos rücksichtlich der fehlerhaften Stücke Wandelung verlangt werden. Lassen sich aber die fehlerhaften Sachen von den fehlerfreien nicht trennen, ohne das Interesse des Erwerbers oder des Veräußerers zu verletzen, so kann der Erwerber die Wandelung in dem ersten Falle nach seiner Wahl wegen der einzelnen fehlerhaften oder wegen der sämmtlichen veräußerten Sachen, in dem letzteren Falle nur rücksichtlich der sämmtlichen veräußerten Sachen verlangen." Art. 178: „Sind von einer veräußerten Gesammtsache einzelne dazu gehörige Sachen fehlerhaft, so kann nur rücksichtlich dieser letzteren die Wandelung verlangt werden. Wenn jedoch die Rückgabe der einzelnen fehlerhaften Sachen den ihrer Bestimmung entsprechenden Gebrauch der Gesammtsache, als solcher, aufheben oder beeinträchtigen würde, so kann die Wandelung nur rücksichtlich der Gesammtsache verlangt werden." Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechtes S. 623—625, 744, 745, 1561—1564, 1583. (K.)

[8] Nürnberger Protokolle S. 1385; preuß. Motive S. 142.

Digitized by Google

Waare zur Verfügung des Versenders stellt, sei es aus welchen Gründen es wolle, giebt er zu erkennen, daß er sie nicht als in sein Eigenthum übergegangen betrachte und die ihm aus der Uebernahme erwachsenen Verpflichtungen von sich abgelehnt wissen wolle. So lange aber die Waare nicht vollständig in sein Eigenthum übergegangen, ist er nicht berechtigt, mit derselben Veränderungen irgend welcher Art vorzunehmen. Thut er es dennoch, so begiebt er sich des Rechtes, von dem Versender deren Rücknahme verlangen zu können, er ist vielmehr als Acceptant der Waare anzusehen und zu behandeln. [9]

Gutachten der Handels- und Gewerbekammer Stuttgart von 1865.

b. Nach kaufmännischem Gebrauche wird eine Waare als angegriffen betrachtet, wenn sie ganz oder theilweise verwendet wird, nicht aber, wenn die Colli zur Besichtigung und Vergleichung mit dem Muster geöffnet werden, wozu jeder Waarenempfänger berechtigt ist.

Entscheidung des Privathandelsschiedsgerichtes Ulm vom 9. Januar 1854.

16) Unbefugte Retournirung; Gefahr. (HGB. Art. 348, Abs. 1.)

Da Beklagter die Rücksendung der Waare unbefugter Weise unternommen hat, so ist er den Schaden, welcher auf dieser Reise die Waare betroffen hat, auf sich zu leiden, somit für zwei Dutzend Pakete, aus welchen bei dieser Gelegenheit je der dritte Theil abhanden gekommen ist, und die deßwegen der Kläger nicht mehr anzunehmen braucht, dem letzteren in dem vertragsmäßigen Preise zu vergüten verbunden. [10]

Entscheidung des Privathandelsschiedsgerichtes Heilbronn vom 26. Mai 1851.

---

[9] Die vorgenommene Handlung muß aber die Grundlage zu einem bündigen Schlusse auf die Absicht, die Waare zu behalten, bieten. Nürnb. Prot. S. 653 unten.

[10] Entsprechend bezüglich des Kostenpunktes Brinckmann, Handelsrecht S. 304; Seuffert, Archiv Bd. IV, S. 51 u. 24 a Ende.

Digitized by Google

17) Verspätete Retournirung.

Frage. Besteht nach Handelsgebrauch eine bestimmte Frist, binnen welcher eine zur Verfügung gestellte Waare dem Fabrikanten, der die Stellung zur Verfügung angenommen und demgemäß die Waare zurückverlangt hat, zurückzuschicken ist, und besteht insbesondere eine Frist von 14 Tagen unter dem Präjudiz der Annahme?

Antwort. Wenn der Fabrikant eine ihm zur Verfügung gestellte Waare zurückverlangt hat, so liegt dem Besteller ob, sie sofort zurückzusenden. Als Entschuldigungsgründe für einige Verspätung möchte dienen: eine schwierige und zeitraubende Verpackung und ebenso Mangel an prompter Gelegenheit zum Versandte. Dafür verpflichtet den Besteller zu um so größerer Beschleunigung der Rücksendung eine außergewöhnliche Konjunktur. Hat danach der Rücksender zu lange gezögert, so ist er als Acceptant zu behandeln.

Gutachten der Handelskammer Heilbronn im Gewerbeblatt von 1865 Nro. 27, S. 280.

18) Weitere Verhandlungen über die Retournirung.

Frage. Hat nach Handelsgebrauch der Besteller einer Waare, wenn er nach Empfang derselben dem Fabrikanten erklärt hat, daß er die Waare nur unter einem Nachlaß übernehme, und der Fabrikant hierauf einen Nachlaß verweigert hat, nun binnen einer bestimmten Frist und insbesondere spätestens binnen 14 Tagen dem Fabrikanten noch mitzutheilen, daß er die Waare nicht übernehme, und ist er im Versäumnißfalle zu behandeln, als ob er acceptirt habe?

Antwort. Wenn der Besteller einer Waare dem Verkäufer erklärt, er könne sich zur Uebernahme derselben nur „mit einem Nachlaß" verstehen, und wenn sodann der Verkäufer einen Nachlaß verweigert, so ist der Besteller verpflichtet, jenem sofort, längstens aber binnen 14 Tagen

Digitized by Google

mitzutheilen, daß er nun die Waare nicht annehme. Unterläßt er dieß, so ist der Versender zu der Annahme berechtigt, daß der Besteller die Waare zu dem berechneten Preise ohne Nachlaß übernommen habe. Letzterer ist so zu behandeln, als ob er acceptirt hätte.[11]

Gutachten der Handelskammer Heilbronn im Gewerbebl. von 1865, Nr. 27, S. 280.

---

8) Aus dem Oberhandelsgerichte.

(Von Herrn Oberjustizrath Hörner in Stuttgart.)

A. Handelsrecht.

1) Uebergang der Gefahr beim Kaufe.

A. E. in Sch. bestellte bei dem Oelmühlebesitzer A. in L. 5 Centner Mohnöl à 32 fl. per Centner. Das Oel sollte erst geschlagen (zubereitet) und später, d. h. nach einigen Wochen vom Käufer beim Verkäufer abgeholt werden. Die Bezahlung des Oels mit 160 fl. erfolgte sofort, das Abholen aber unterblieb, aus für die vorliegende Frage unerheblichen Gründen, bis, ungefähr 8 Monate nach der Bestellung des Oels, die Mühle des Verkäufers abbrannte.

Der später von Seiten des Käufers erhobenen Klage auf Lieferung des Oels setzte der Verkäufer die Einrede entgegen, daß er nicht mehr zu liefern brauche, weil die 5 Centner Oel auf Gefahr des Käufers bei ihm gestanden und daher bei dem Brande diesem zu Grunde gegangen seien.

Der Art. 345 des Handelsgesetzbuches enthält nur Bestimmungen über Tragung der Gefahr von dem Zeitpunkte an, wo die verkaufte Waare an den Spediteur oder Frachtführer zum Transport übergeben wird, und sagt in seinem dritten Absatze: Durch die Bestimmungen dieses Artikels sei nicht ausgeschlossen, daß die Gefahr schon seit einem

---

[11] Vergl. auch Handelsschiedsgerichte I. Lieferung S. 118 ff., Nro. 9.

Digitized by Google

früheren Zeitpunkte von dem Käufer getragen werde, sofern dieß nach dem bürgerlichen Rechte der Fall sein würde. Das Handelsgesetzbuch läßt mithin die Frage von dem Uebergange der Gefahr in der Hauptsache offen.

Das württ. Landrecht Thl. II, Tit. 9, §. 24 stellt zwar den mit dem römischen Rechte übereinstimmenden allgemeinen Grundsatz auf, daß, sobald der Kauf beschehen, also perfekt sei,[1] der Käufer auch allen Schaden der Haab, ob ihm gleich das verkaufte Gut noch nicht zugestellt, zu tragen habe. Allein gerade die maßgebende Frage, wann der Kauf im einzelnen Falle als perfekt zu betrachten sei, ist auch hier nicht entschieden,[2] so daß diese Entscheidung im gemeinen Rechte zu suchen ist. Nach gemeinem Rechte ist aber diese Frage bekanntlich sehr bestritten.[3]

Das Oberhandelsgericht erkannte, daß in einem Falle, wie der vorliegende, wo zur Zeit des Vertragsschlusses nicht einmal die Menge, der Vorrath, (das genus), aus dem das gekaufte Quantum (die species) geleistet werden sollte, vorhanden war, und jedenfalls die Zuwägung erst im Augenblick des Abholens der Waare vorgenommen werden sollte, die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der Waare erst mit der erfolgten Zuwägung an den Käufer

[1] Griesinger, Komm. Bd. II, S. 581; Reyscher, württ. Privatrecht Bd. II, S. 261.

[2] Faber, Landrechtsakten S. 150.

[3] Vergleiche hierüber: Glück, Komm. Bd. XVI, S. 178 ff.; Bd. XVII, S. 89 ff.; Struben, rechtl. Bedenken Bd. II, N. 65; Bangerow, Pand. §. 635; v. Holzschuher, Theorie ꝛc. Bd. II, 2, S. 632—636; Heise u. Cropp, Abh. Bd. II, S. 631; v. Wächter, im Archiv für civ. Praxis Bd. XV, S. 97 ff.; Treitschke, der Kaufkontrakt S. 301; Wächter, Handelsr. Bd. I, S. 198; Endemann, Handelsrecht S. 528 ff.; Brinkmann, Handelsrecht S. 290; Thöl, Handelsrecht Bd. I, S. 442—455; Ihering in Gerber und Ihering's dogm. Jahrbüchern Bd. IV, S. 366 ff.; Wolff in Löhr's Centralorgan N. F. Bd. I, S. 193; Fick, über die Natur des modernen Distanzkaufes im Archiv für Handels- und Wechselrecht Bd. IX, S. 371 ff.; Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverh. Art. 429—431.

Digitized by Google

beziehungsweise dessen Stellvertreter, oder aber, im Falle des Verzuges des Käufers im Ablangen der Waare mit der einseitig erfolgten Ausscheidung des betreffenden Quantums (Verfüllung desselben in einen besonderen Behälter) und damit verbundener Benachrichtigung des säumigen Käufers von der erfolgten Ausscheidung übergehe.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 28. Mai 1867 in Sachen E. c. A.

2) Benachrichtigung des Verkäufers von Ausstellungen gegen Qualität und Quantität zugesandter Waaren.

In der Appellationssache E. c. H. hatte sich die Beklagte der Einrede gegenüber, daß die erhobenen Ausstellungen verspätet seien, darauf berufen, daß sie die Bahnhofinspektion zu N. unverweilt von den entdeckten Mängeln in Kenntniß gesetzt habe.

Das Oberhandelsgericht erkannte, daß durch die dem Frachtführer, also auch dem Eisenbahnamte gemachte Anzeige von Mängeln in Qualität und Quantität zugesandter Waaren der gegenüber dem Verkäufer obliegenden Anzeigepflicht nicht genügt sei.

Erk. des Oberhandelsgerichtes vom 27. Juni 1867 in Sachen E. c. H.

3) Ausstellungen gegen die Quantität der gelieferten Waaren; Reklamationsfrist.

Nach dem im Handelsverkehre geltenden Grundsatz sind die Ausstellungen gegen die Quantität der gelieferten Waaren in Hinsicht der Anzeigepflicht des Empfängers ebenso zu behandeln, wie die Ausstellungen gegen die Qualität, vorausgesetzt, daß der Empfänger gewußt hat, welches Quantum der Verkäufer geliefert haben will.[4] An die regelmäßige

[4] Endemann, Handelsrecht S. 571 u. 574, N. 10; Krämell, Handelsgesetzbuch S. 453, N. 3; Auerbach, Handelsgesetzbuch Bd. II, S. 121, 122; Busch, Archiv ꝛc. Bd. III, S. 376 ff. Siehe

Digitized by Google

handelsgebräuchliche Reklamationsfrist von längstens 14 Tagen[5] sind daher auch die Ausstellungen in Hinsicht der gelieferten Quantität gebunden.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 27. Juni 1867 in Sachen E. c. H.

4) Dispositionsstellung einer Gesammtwaarensendung wegen theilweiser Defektuosität. Pflicht zur Untersuchung von, in Originalverpackung zum Wiederverkauf bestimmten, Waaren.

Kaufmann H. B. in St. erhielt am 5. März 1866 eine Sendung von 72 Dutzend Kofferschlössern in Dutzendpaketen, Originalverpackung, von dem Handlungshause Z. und Sch. in B. in England. Am 7. April stellte er die ganze Sendung zur Verfügung, weil gelegentlich des Wiederverkaufes sich herausgestellt habe, daß ein großer Theil der Schlösser (ein Viertheil bis ein Drittheil) defekt sei, was der später eingenommene Augenschein auch bestätigte. Z. und Sch. lehnten die Dispositionsstellung ab und erhoben Klage auf Bezahlung der ganzen Sendung gegen H. B.

Das Oberhandelsgericht erkannte an, daß durch den Erfund des Augenscheins die Dispositionsstellung der ganzen Sendung gerechtfertigt wäre, weil einerseits klar sei, daß bei einer Waare, die en gros und in einer Verpackung geliefert werde, welche die Ausscheidung des einzelnen Stückes nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgange des Handelsverkehres unthunlich erscheinen lasse, dem Empfänger nicht zugemuthet werden könne, die einzelnen mustermäßigen

dagegen Koch, Komm. zum HGB. S. 350, N. 23; Busch, Archiv Bd. III, S. 236; Bd. IX, S. 359; Löhr, Centralorgan ꝛc. N. F. Bd. I, S. 210.

[5] Seuffert, Pand. Bd. II, §. 267, N. 4; Seuffert, Archiv Bd. IV, N. 78; Bd. VIII, N. 39; Bd. XIV, N. 126; württ. Archiv Bd. VI, S. 206, N. 35, S. 207, N. 36; Entscheidungen der württ. Handelsschiedsgerichte S. 103, 106; vergl. auch dieses Archiv oben S. 242 ff.

Digitized by Google

Stücke aus den vorherrschend zum paketweisen Wiederverkauf bestimmten Dutzendpaketen auszusuchen und die einzelnen defekten Stücke zur Disposition zu stellen. Andererseits sei die Zahl der defekten Stücke im Verhältniß zu den mustermäßigen eine so bedeutende, daß hiedurch die Schlösserlieferung, als ein Ganzes betrachtet, als nicht vertragsmäßig erscheine.

Allein Beklagter wurde dessen ungeachtet zu Bezahlung der Schlösser verurtheilt und zwar aus folgenden Gründen:

Daß der vorgefundene Mangel für den sachverständigen Beklagten äußerlich sofort erkennbar gewesen, wird nicht bestritten. Eine sofortige Dispositionsstellung auf den Grund einer unverzüglich nach der Ablieferung vorgenommenen Untersuchung ist aber nicht erfolgt. Es kann sich somit nur davon handeln, ob dessen ungeachtet die Untersuchung so zeitig, als dieß nach dem ordentlichen Geschäftsgange thunlich gewesen, durch den Beklagten vorgenommen worden, d. h. ob nach der Natur der Verpackung der Waare eine Untersuchung sofort nach Ablieferung unthunlich gewesen ist. Durch die Einsichtnahme von mehreren unter der Sendung begriffenen Paketen ist das Gericht zu der Ueberzeugung gelangt, daß die sofortige Untersuchung des Inhalts wenigstens einiger Pakete der Sendung ohne der Verkäuflichkeit der gelieferten Waare Eintrag zu thun und ohne irgend erhebliche Belästigung des Empfängers leicht möglich gewesen wäre. Da sich nun nahezu in allen untersuchten Paketen defekte Schlösser vorfanden, so hätte Beklagter durch jene Untersuchung auf die Mangelhaftigkeit der Sendung aufmerksam werden müssen und falls er unter diesen Umständen die Lieferung nicht genehmigen wollte, hätte er dem Verkäufer sofort davon Anzeige machen sollen. Durch diese Versäumung ist der Beklagte nach Art. 347 des Handelsgesetzbuches des Rechtes der Dispositionsstellung verlustig geworden, wobei es rechtlich unerheblich erschien, ob derselbe in der Untersuchung der Waare nach Empfang

Digitized by Google

oder ob er in der Anzeige an den Mitkontrahenten nach erfolgter Entdeckung der Mängel säumig war.[6]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 16. April 1867 in Sachen Z. und Sch. c. B.

5) Zur Kompensation im Gante eignet sich nur eine schon vor Eröffnung des Konkurses fällige Forderung.

Es ist allgemein anerkannt, daß die Kompensation im Gante nur dann zulässig ist, wenn solche schon vor Eröffnung des Konkurses begründet war. Schon vor dieser Zeit müssen die gesetzlichen Bedingungen der Kompensabilität vorhanden gewesen sein, es muß eine fällige Forderung des Gläubigers gegen den Gemeinschuldner bestanden haben. — l. 7 pr. Dig. de comp. — Daraus folgt, daß der Gläubiger eine zur Zeit der Eröffnung des Konkurses noch nicht fällige Forderung an den Gemeinschuldner gegen eine Forderung des Letzteren an ihn im Konkurse nicht mehr kompensiren kann, wenn sie auch während desselben fällig wird. Denn so lange die Forderung des Gläubigers nicht kompensabel ist, besteht die Forderung des Gemeinschuldners und mit der Eröffnung des Konkurses geht solche auf die Gläubiger über und bildet ein zu deren Befriedigung dienliches Masseobjekt nach Maßgabe der ihnen im Lokationserkenntnisse angewiesenen Rangordnung, unter die auch der Gläubiger fällt, der zur Zeit der Konkurseröffnung eine noch nicht fällige Forderung an den Gemeinschuldner hat.[7]

---

[6] Zu vergl. Nürnberger Protokolle S. 643, 646, 652; Krämell, HGB. S. 450; Busch, Archiv ꝛc. Bd. III, S. 90, 91, 97, 98; Bd. IX, S. 477, 478; Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. IX, S. 383; insbes. Busch, Archiv Bd. VII, S. 26 ff. und S. 36 ff.

[7] v. Holzschuher, Theorie ꝛc. Bd. II, 2, S. 345; Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. I, S. 552; Weiske, Rechtslexikon Bd. II, S. 743; Gmelin, Ordnung der Gläubiger S. 23, 24; Dabelow, Lehre vom Konkurs S. 685; Mühlenbruch, Cession ꝛc. S. 508; Bayer, Konkursprozeß S. 86, 87, N. 2; Seuffert,

Digitized by Google

Der Umstand, daß die Masseforderung, mit der kompensirt werden will, erst nach Ausbruch des Gantes fällig geworden ist, steht der Kompensation nicht im Wege, weil auf die Forderung des Gemeinschuldners beziehungsweise der Masse, die mit der Kompensationseinrede beseitigt werden soll, die geltend gemachten Gründe nicht zutreffen.[8]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 28. Mai 1867 in Sachen B. c. R.

Zusatz der Redaktion. Das hiesige Obertribunal hat in seinen Entscheidungen stets daran festgehalten, daß Kompensation im Konkurse nur zulässig sei, wenn solche schon vor der Eröffnung des Konkurses begründet war, wenn also die gesetzlichen Bedingungen der Kompensation schon vor diesem Zeitpunkte vorhanden gewesen sind. In dieser Weise wurde sich von dem Obertribunal ausgesprochen z. B. in der Entscheidung vom 6. Juni 1836 in der Appellationssache R. c. E.; vom 27. Aug. 1858 in der Appellationssache J. c. M.; vom 12. Juli 1862 in der Appellationssache St. c. H. E. Mit dem Zeitpunkte, wo einer Forderung eine zur Kompensation geeignete Gegenforderung gegenübertritt, ist jene Forderung von selbst und ohne daß es einer Thätigkeit des Schuldners bedarf, mit der ihre Wirksamkeit hemmenden Einrede der Kompensation behaftet und daher, wenn auch der Eintritt der Wirksamkeit der Kompensation voraussetzt, daß der Schuldner von jener Einrede Gebrauch macht, in dem Falle, daß von ihr Gebrauch gemacht wird, die Folge hievon, daß Forderung und Gegenforderung als schon mit dem Zeitpunkte, zu welchem sie, als zur Kompensation geeignet, einander gegenüber getreten sind, aufgehoben sich darstellen. Hat daher der Schuldner des Gemeinschuldners vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des letzteren eine zur Kompensation geeignete Gegenforderung an den Gemeinschuldner erworben, so bedient er sich, wenn er

---

Archiv Bd. VIII, Nro. 214; Bd. IX, Nro. 235, 236; Bd. XI, Nro. 105; Bd. XV, Nro. 119.

[8] Vergl. Seuffert, Archiv Bd. II, Nro. 117, S. 155.

Digitized by Google

nach der Konkurseröffnung die Einrede der Kompensation vorschützt, nur eines ihm schon vor jenem Zeitpunkte erworbenen Rechtes, welches ihm durch die Konkurseröffnung nicht entzogen werden konnte. In dem Falle dagegen, wenn der Schuldner des Gemeinschuldners die Gegenforderung an denselben erst nach der Konkurseröffnung erworben hat oder die Bedingungen der Kompensation erst nach diesem Zeitpunkte eingetreten sind, ist die Einrede der Kompensation ausgeschlossen, da nach der Eröffnung des Konkurses jeder Gläubiger seine Befriedigung nur noch nach Maßgabe der Prioritätsordnung aus der Konkursmasse verlangen kann, zu dieser aber alle zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Forderungen des Gemeinschuldners gehören, woraus von selbst folgt, daß der Gläubiger des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung ein Recht zur Kompensation nicht mehr erwerben kann, da hiedurch eine durch die Konkurseröffnung ausgeschlossene vorzugsweise Befriedigung des Gläubigers aus einem Theile der Konkursmasse bewirkt würde. (K.)

B. Wechselrecht.

6) Ein Wechsel mit dem Zusatz bei der Adresse „zahlbar auf der Bank N. N." ist ein domizilirter Wechsel mit benanntem Domiziliaten.[9]

Zu Art. 24 und 43 der a. d. W.-O.

Dieß wurde nach Analogie der Entscheidung, daß nach dem allgemein anerkannten Handelsgebrauch der Ausdruck „zahlbar bei" gleich sei dem Ausdruck „zahlbar durch"[10] angenommen in dem Erkenntniß des Oberhandelsgerichtes vom 23. Mai 1867 in Sachen B. c. St. und Sch.

---

[9] Vorausgesetzt, daß die Bank ihren Sitz nicht an dem Wohnorte des Bezogenen hat. Vergl. Art. 24 der a. d. Wechselordnung.

[10] Archiv für Wechselrecht Bd. X, S. 159; dieses Archiv Bd. V, S. 261.

Digitized by Google

7) Protesturkunde; die Bezeichnung der Stunde der Protestaufnahme wird nicht erfordert; die Einhaltung der vorschriftmäßigen Proteststunden wird vermuthet.

Zu Art. 41 und 88 der a. d. W.-O.

Wechselproteste können, außer mit Einwilligung des Protestaten nur zu gewissen Tagesstunden — den Geschäftsstunden — giltig vorgenommen werden.[11] Diese Geschäftsstunden sind durch die Justizministerialverfügung zu Vollziehung des Art. 9 der a. d. W.-O. vom 7. Mai 1849 (Regbl. von 1849 S. 128) festgesetzt. Es liegt zwar dem Kläger ob, die Legalität des Protestaktes und damit auch die Einhaltung der Proteststunden zu beweisen. Allein dieser Beweis wird geführt durch die Produktion einer äußerlich unmangelhaften Protesturkunde, auch wenn die Stunde des aufgenommenen Protestes nicht darin angegeben ist, weil diese Angabe nach Art. 88 der a. d. W.-O. kein die Giltigkeit des Protestes bedingendes Erforderniß ist.[12] Die Vermuthung, welche für die ordnungsmäßige Aufnahme des Protestes — als eines unter öffentlicher Autorität vorgenommenen Aktes spricht, erstreckt sich auch auf die Einhaltung der ordnungsmäßigen Stunden. Es ist somit Sache des Beklagten, das Gegentheil, d. h. die Nichteinhaltung der Geschäftsstunden, zu behaupten und zu beweisen.[13]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 23. Mai 1867 in Sachen B. c. St. und Sch.

---

[11] Konferenzprotokolle S. 151; Brauer, W.-O. S. 166, Z. 7; Wächter, Wechsellehre §. 111, S. 126 ff.; Renaud, Lehrbuch §. 27, S. 58; Einert im Archiv für W.-R. Bd. II, S. 14.

[12] Wächter, Wechsellehre §. 111, S. 326; Volkmar und Löwy, W.-O. S. 340: Brauer, W.-O. S. 166; Bluntschli, W.-O. S. 131; Ortloff, W.-O. S. 127; Einert a. a. O. S. 14.

[13] Vergl. übrigens die Ausführung bei Bosch er, Zeitschrift für freiw. Gerichtsbarkeit Bd. VI, S. 76 ff., wonach es immerhin gerathen sein dürfte, wenigstens bei Protesten gegen Abwesende die Stunde des aufgenommenen Protestes beizufügen.

Digitized by Google

8) Wechselverjährung; die Wechselklage gegen den Acceptanten eines domizilirten und beim Domiziliaten Mangels Zahlung protestirten Wechsels ist keine Wechselregreßklage und verjährt nicht in drei Monaten.

Zu Art. 77—79 der a. d. W.-O.

Ueber vorstehende Frage wurde in einem Erkenntnisse des Oberhandelsgerichtes Folgendes ausgeführt:

Die von den Beklagten aufgestellte Behauptung, daß die Wechselklage gegen den Acceptanten eines domizilirten und beim Domiziliaten Mangels Zahlung protestirten Wechsels eine Wechselregreßklage sei und darum in drei Monaten verjähre, läßt sich nicht begründen. Die Bestätigung dieser Behauptung kann nicht abgeleitet werden aus der Nothwendigkeit der Aufnahme eines Protestes gegen den Domiziliaten, die nur aus für die Regreßnahme analogen Gründen vorgeschrieben ist [14] und auch nicht daraus, daß die Vorschrift des Art. 43 der a. d. W.-O. ihre Stellung im Gesetze unter der Ziff. VIII „Regreß-Mangels-Zahlung" gefunden hat, was wiederum mit dem hier für geboten erachteten Proteste zusammenhängt.

Der Domiziliat, dessen Verhältniß zum Acceptanten (in den Motiven zum preuß. Entwurfe der W.-O.) als ein dem des Traßaten zum Aussteller ähnliches bezeichnet worden ist, [15] übernimmt weder dem Aussteller, noch den Indoßataren gegenüber eine wechselrechtliche Verbindlichkeit. Seine Verpflichtung fällt vielmehr, wenn sie überhaupt begründet ist, nur unter den civilrechtlich zu beurtheilenden Gesichtspunkt eines acceptirten Zahlungsauftrages. [16] Daraus folgt, daß wenn der Domiziliat Zahlung verweigert, dem Inhaber des Wechsels gegen ihn keine Wechselklage

[14] Borchardt, W.-O., S. 199; Wächter, Wechsellehre, S. 516; dieses Archiv Bd. V, S. 72.

[15] Leipziger Konferenzprotokolle von 1848, S. LVIII ff.; Volkmar und Löwy, Wechselordnung S. 174.

[16] Dieses Archiv Bd. V, S. 72, 106.

Digitized by Google

zusteht, es verbleibt demselben nur der Regreß gegen den Aussteller und die Vormänner oder die Wechselklage gegen den Acceptanten, woraus sich die weitere Folge ergibt, daß die Stellung des Acceptanten zu den übrigen Wechselverbundenen durch die Beifügung eines Domiziliaten nicht alterirt, mithin die Klage gegen ihn nicht zur Regreßklage wird. Unter allen Umständen widerstreitet aber der Annahme, daß die Klage gegen den Acceptanten eines domizilirten Wechsels in drei Monaten verjähre, der Wortlaut der Art. 78 und 79 der a. d. W.-O., die nur von Verjährung der Klage gegen Aussteller und Vormänner reden, so daß die Verjährung gegen den Acceptanten unter diese gesetzliche Bestimmung nicht gebracht werden kann.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 23. Mai 1867 in Sachen B. c. St. und Sch.

9) Wechselverjährung; wann ist die Buchung eines Mangels Zahlung protestirten und mit einer Retourrechnung zurückgesandten Wechsels als Zahlung im Sinne des Art. 79 der a. d. W.-O. zu betrachten?

Zu Art. 79 der a. d. W.-O.

Kaufmann J. Kr. jun. in G. in Württemberg hatte bei dem Bankhause Gebr. M. in Frankfurt einen offenen Kredit, der bis zu dem Betrage von 10,000 fl. durch Werthpapiere gedeckt war. Kr. übermittelte den Gebr. M. zwei acceptirte Tratten auf C. S. in Fr. im Betrage von 700 fl., welche dem Kr. auf seinem Kontokorrent gutgeschrieben wurden. Die Tratten wurden später (16. Nov. 1864) Mangels Zahlung protestirt und am 17. November 1864 mit einer Retourrechnung und mit der Bemerkung zurückgeschickt, daß der Conto des Kr. mit dem Betrage dieser Retourrechnung belastet worden sei. Diese Mittheilung erfolgte aber nicht an den Indossanten Kr. selbst, sondern an dessen Güterpfleger, da Gebr. M. erfahren hatten, daß Kr. kurz zuvor in Gant gerathen war. Am 4. Januar 1865 ergieng an

Digitized by Google

diesen Güterpfleger von Seiten des Gerichtes in Frankfurt die Aufforderung, sich über den Antrag der Gebr. M, sich durch den öffentlichen Verkauf der deponirten Werthpapiere um ihr Saldo Guthaben bei Kr., unter dem sich auch die Rechnung für die zwei retournirten Tratten befand, bezahlt zu machen, binnen 14 Tagen bei Vermeidung des Eingeständnisses zu erklären. Der Güterpfleger wandte sich sofort an die württemb. Gerichte, um durch deren Vermittlung die deponirten Werthpapiere von Frankfurt zur Kr.'schen Gantmasse zu reklamiren und die Gebr. M. zu veranlassen, sich in diesen Gant einzulassen. Der Gerichtshof zu E. ließ aber dem Güterpfleger unter dem 28. Jan. 1865 eröffnen, daß er unter den obwaltenden Umständen bezüglich der von Kr. bei M. hinterlegten Obligationen Nichts zu Gunsten der inländischen Gläubiger des Kr. zu verfügen wisse, worauf, da der Güterpfleger keine Erklärung nach Frankfurt abgegeben hatte, am 20. Febr. 1865 dort ein Kontumacial-Erkenntniß gegen Kr. ergieng, und in Folge davon im März 1865 die Papiere zu Gunsten der M.'schen Forderung verkauft, der Ueberschuß des Erlöses aber an die Gantmasse abgeliefert wurde.

Am 20. Febr. 1865 erhob nun die Kr.'sche Kreditorschaft auf Grund der beiden Mangels Zahlung retournirten Wechsel im Betrage von 700 fl. eine Wechselregreßklage gegen B. in H., einem Vormann des Kr., und es wurde diese Klage am 24. Febr. 1865 dem Beklagten behändigt. Dieser Wechselregreßklage wurde die Einrede der Verjährung entgegengehalten, weil vom Tage der Zahlung des Wechsels an die Gebrüder M. durch den Indossanten Kr. (Art. 79, letzter Absatz der a. d. W.-O.), — als welcher Tag der 17. Nov. 1864 erscheine, wo die beiden protestirten Wechsel zu Lasten des Indossanten Kr. von den Gebr. M. gebucht worden seien, — bis zur Behändigung der Wechselregreßklage (24. Februar 1865) über drei Monate verflossen seien. Das Oberhandelsgericht verwarf diese Einrede aus folgenden Gründen:

Digitized by Google

Eine Zahlung der beiden protestirten Wechsel, im Sinne des letzten Absatzes des Art. 79 der a. d. W.-O., worunter überhaupt der Akt der Einlösung des nothleidenden Wechsels zu verstehen,[17] ist in der Belastung des Kr.'schen Kontokorrents mit der an den Güterpfleger gesandten Retourrechnung unter den vorliegenden Umständen nicht zu finden. Um die Buchung der als Rimessen erhaltenen, dann Mangels Zahlung protestirten und mit einer Retourrechnung zurückgesandten Wechsel zu Lasten des in einem Kontokorrent-Verhältniß stehenden Vormanns als Zahlung, — als Wiedereinlösung dieser Wechsel — ansehen zu können, bedarf es, auch wenn der Kontokorrent durch Werthpapiere gedeckt ist, des ausdrücklichen oder wenigstens stillschweigenden Anerkenntnisses dieses bis dahin einseitigen Aktes des sich auf diese Weise bezahlt machenden Gläubigers. Dieß folgt aus der rechtlichen Natur der Zahlung als einer zunächst vom Schuldner ausgehenden vermögensrechtlichen Disposition, die in einem Falle, wie der vorliegende, in der Form der Zustimmung zu der auf Bewirkung der Zahlung gerichteten Handlung des Gläubigers ihren Ausdruck findet. Daß ein ausdrückliches Anerkenntniß von Seiten der Kr.'schen Kreditorschaft erfolgt wäre, behauptet diese selbst nicht. Ein stillschweigend erfolgtes Anerkenntniß kann aber nicht angenommen werden, so lange die aktenmäßig nachgewiesene Absicht der Kr.'schen Gläubiger vorlag, der sich von Gebr. M. in Frankfurt angestrebten abgesonderten Befriedigung aus den bei ihnen deponirten Obligationen zu widersetzen, dieselben vielmehr zu Herausgabe dieser Papiere zur Kr.'schen Gantmasse und zur Einlassung in das diesseitige Gantverfahren zu zwingen, um hier ihre Befriedigung zu suchen. — Als frühester Zeitpunkt, in welchem angenommen werden kann, daß die Kreditorschaft ihre bisherige Willensrichtung geändert, ihren

---

[17] Vergl. Wächter, Wechsellehre, S. 616; Borchardt Wechselordnung, S. 274.

Digitized by Google

Widerspruch aufgegeben und damit dem Vorgehen der Gebr. M. stillschweigend zugestimmt habe, erscheint aber der, in welchem der Vertreter der Gläubigerschaft aus dem Erlasse des Gerichtshofes zu E. die Ueberzeugung von der voraussichtlichen Erfolglosigkeit seiner Bemühungen gewonnen und demgemäß den Entschluß gefaßt hat, auf die von Gebr. M. erhobene Klage sich nicht einzulassen, was zu dem späteren Kontumacial-Erkenntniß führte. Die Eröffnung dieses Erlasses erfolgte aber am 28. Januar 1865 und von da an gerechnet war am 24. Febr. 1865, dem Tage der Klagebehändigung, die Verjährungsfrist von drei Monaten noch nicht abgelaufen.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 28. Mai 1867 in Sachen B. c. Kr.

10) Die Eröffnung des Konkurses hemmt die Wechselverjährung gegen den Gemeinschuldner.

Zu Art. 80 der a. d. W.-O.

Diese Thesis [18] ist in Uebereinstimmung mit dem Plenarbeschluß des Obertribunals vom 15. Februar 1867 ausgesprochen worden in der Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 28. Mai 1867 in Sachen B. c. Kr. Gläubigerschaft.

11) Für die Legalität eines im Auslande aufgenommenen Protestes streitet die Vermuthung.

Zu Art. 86 der a. d. W.-O.

Nach Art 86 der a. d. W.-O. entscheidet über die Form der mit einem Wechsel an einem ausländischen Platze zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechtes vorzunehmenden Handlungen das dort geltende Recht. Unter diesen Handlungen ist vorzugsweise die Aufnahme von Protesten begriffen. Wenn sich der Aussteller der Protesturkunde als gesetzmäßig verpflichteter öffentlicher Notar

[18] Vergl. dieses Archiv oben S. 77 ff.

Digitized by Google

bezeichnet, so spricht für die Legalität des Aktes als einer von einem öffentlichen Beamten vorgenommenen Handlung die Vermuthung. Einer diplomatischen Beglaubigung der Urkunde bedarf es nicht, zumal wenn derselben ein amtliches Siegel beigedrückt, und solche äußerlich unverdächtig ist, worüber das Ermessen des Richters entscheidet. Es kann daher dem Kläger, der sich auf einen, von einem ausländischen Notar aufgenommenen, Wechselprotest zu Begründung seines Regreßanspruches bezieht, der Nachweis, daß dieser Protest den am Orte der Aufnahme bestehenden gesetzlichen Vorschriften entspreche, nicht angesonnen werden, vielmehr liegt dem Beklagten die genaue Angabe derjenigen Mängel, an welchen der Protest nach der ausländischen Gesetzgebung leidet, und der Nachweis der einschlagenden Bestimmungen des ausländischen Gesetzes ob. [19]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 23. Mai 1867 in Sachen B. c. St. und Schl.

12) Protestirung mehrerer Wechsel in Einer Urkunde ist zuläßig.

Zu Art. 88 der a. d. W.-O.

Weder der Art. 88 der a. d. W.-O, noch eine sonstige gesetzliche Bestimmung schreibt vor, daß über jeden Wechselprotest eine besondere Urkunde aufgenommen werden müsse. Eine Protesturkunde über mehrere Wechsel ist daher nicht ungiltig, vorausgesetzt, daß dieselbe die Abschrift sämmtlicher protestirter Wechsel oder wenigstens die des eingeklagten Wechsels vollständig enthält. [20]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 28. Mai 1867 in Sachen B. c. K.

---

[19] Vergl. Archiv für Wechselrecht von Siebenhaar, Bd. IV, S. 214 ff.; Bd. V, S. 411 ff.; Bd. XIII, S. 206.

[20] Die Protestirung mehrerer Wechsel in Einer Urkunde wird jedoch nur dann thunlich erscheinen, wenn die verschiedenen Wechsel durchaus dieselben Namen tragen. Es ist dieses Verfahren übrigens selbst in diesem Falle nicht zu empfehlen, weil leicht Unzuträglichkeiten entstehen, sofern z. B. der Regreß bei den einzelnen Wechseln einen verschiedenen Weg oder Reihenfolge nehmen kann. Vergl. Wächter, Wechsellehre, S. 333.

Digitized by Google

13) Die Replik der Rechtshängigkeit einer im Wege der Kompensations-Einrede geltend gemachten Forderung ist zu verwerfen.

Der Wechselregreßforderung der Gläubigerschaft des in Gant gerathenen Kaufmanns Kr. in G. wurden im Wege der Kompensations-Einrede zwei Wechselregreßforderungen entgegengehalten, welche dem Beklagten seinerseits gegen den Gemeinschuldner zustehen sollten. Der Vertreter der Gläubigerschaft replicirte, diese Einrede sei unzulässig, weil diese beiden Forderungen bereits in dem, übrigens noch nicht erledigten Gante des Gemeinschuldners liquidirt und dort bestritten worden seien. Diese Replik wurde auf Grund von l. 8, Dig. de comp. (16, 2) verworfen, wo ausdrücklich auch bereits anderwärts selbstständig eingeklagte Forderungen für kompensabel erklärt werden. [21]

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 28. Mai 1867 in Sachen B. c. Kr. Glbgr.

C. Prozeß.

14) Vorbringen neuer Thatsachen, beziehungsweise Benennung neuer Beweismittel bei der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz; Verurtheilung des säumigen Theiles in die Kosten der vergeblichen Tagfahrt wegen solchen verspäteten Vorbringens.

In der Appellationssache E. gegen A. war auf Grund der eingereichten Beschwerdeschrift, da dieselbe weder neue thatsächliche Behauptungen, noch den Antritt neuer Beweise enthielt, ohne Einforderung einer Vernehmlassung (Art. 104, Abs. 2 der H.G.O.) Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung anberaumt worden.

---

[21] Harter, röm. deutsch. Recht der Kompens., S. 214; Krug, Kompens., §. 94, S. 250 ff.; Hasse, im civ. Archiv, Bd. VII, S. 169; Sintenis, Civilrecht, Bd. II, §. 104, Nr. 28; Seuffert, Archiv, Bd. VII, Nr. 300; Bd. XVI, Nr. 39.

Digitized by Google

Bei dieser Verhandlung benannte der appellatische Anwalt einen neuen Zeugen.

Der appellantische Anwalt lehnte die Erklärung über dieses neue, ihm vor der Verhandlung nicht zur Kenntniß gebrachte Beweismittel ab und bat für den Fall, daß solches für erheblich erachtet würde, um Anberaumung einer nochmaligen Tagfahrt zu diesem Zwecke, übrigens unter Verurtheilung des Appellaten in die Kosten dieser nochmaligen Verhandlung auf Grund des Art. 108 der Handelsgerichtsordnung.

Der Appellat trat diesem letzteren Antrage entgegen, indem er sich darauf berief, daß er in erster Instanz dieses Beweismittel nicht habe benennen können, weil ihm von der Existenz dieses Zeugen damals noch nichts bekannt gewesen sei.

Das Oberhandelsgericht erkannte das neu benannte Beweismittel für erheblich und für noch zulässig, da auch in zweiter Instanz die gewechselten Schriftsätze nur vorbereitender Natur seien, der Ausschluß mit neuem Vorbringen daher erst mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung eintrete (Art. 74 und 107, Abs. 2 der HGO., vgl. mit Art. 580 des allg. deutschen Civ. Proz. Entw. der Komm. zu Hannover), der Art. 107, Abs. 3 der HGO. aber nur analog dem Art. 71 über Klageänderung die Beschwerdeänderung den in der Beschwerdeschrift nach Maßgabe des Art. 101 und in der Vernehmlassung nach Art. 105 bezeichneten Beschwerden (Anschlußbeschwerden) gegenüber verbiete. Die Frage, ob der Appellat den neu benannten Zeugen schon in erster Instanz hätte benennen können oder nicht (Art 108 der HGO. vergl mit Art. 590 des Hann. Entw.) ließ das Oberhandelsgericht dahin gestellt, schied aber dessen ungeachtet die Kosten der nöthig gewordenen nochmaligen Tagfahrt dem Appellaten zu, weil die Gegenpartei unter allen Umständen vor der mündlichen Verhandlung von dem zu benützenden neuen Beweismittel hätte in Kenntniß gesetzt werden müssen.

Digitized by Google

Der Art. 73 der HGO. greife nicht blos Platz, wenn bei der mündlichen Verhandlung Thatsachen oder Beweismittel geltend gemacht werden, die in den vorbereitenden Schriftsätzen übergangen oder nicht verständlich vorgebracht oder in einem nicht rechtzeitig eingereichten Schriftsatze enthalten seien, sondern auch in dem (häufig vorkommenden) Falle, wenn trotz der ergangenen Aufforderung überhaupt kein Schriftsatz eingereicht werde, weil ein gar nicht einkommender Schriftsatz einem nicht rechtzeitig eingekommenen in dieser Beziehung gleichzustellen sei, was sich schon aus Art. 64, Abs. 1, vergl. mit Art. 107, Abs. 1 der HGO. ergebe. Hieran ändere der Umstand nichts, daß in Gemäßheit des Art. 104, Abs. 2, eine Vernehmlassung nicht eingefordert worden sei, soferne der Inhalt der Beschwerdeschrift dazu keinen Anlaß geboten habe und auch in erster Instanz nach Art. 64, Abs. 2 der HGO. keine spezielle Aufforderung zu Einreichung der Beweismittel-Anzeigen erlassen werde. Der Art. 73 der HGO. sei zwar in Art. 107, Abs. 2 nicht allegirt, was wohl nur auf einem Versehen beruhe. Allein das hindere die Anwendung des dort ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes nicht, weil der Art. 73 nur die rechtliche Folge einer Versäumniß ausspreche, die schon nach der allgemeinen Natur des Verfahrens als solche sich darstelle, wie denn auch der Art. 241 des hannov. Entw. die allgemeine Vorschrift enthalte, daß „unabhängig von den Vorschriften über den vorbereitenden Schriftenwechsel für jede Partei die Verpflichtung bestehe, dem Gegner solche thatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Gesuche, auf welche derselbe voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben könne, vor der mündlichen Verhandlung so zeitig mitzutheilen, daß der Gegner die erforderliche Erkundigung einzuziehen im Stande sei.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 28. Mai 1867 in Sachen E. c. A.

Digitized by Google

15) Glaubenseid der Erben.

In der Appellationssache zwischen Werkmeister H. in St. Beklagten, Appellanten und der Wittwe D. in R. Klägerin, Appellatin, hat das Oberhandelsgericht auf einen von der Wittwe D. dahin zu leistenden Eid erkannt:

„Ich weiß nicht und glaube nicht, daß die Unterschrift J. D. in der vom Beklagten vorgelegten Urkunde von meinem verstorbenen Ehemann herrührt und weiß nicht und glaube nicht, daß mein Ehemann am 6. Sept. 1864 449 fl. 16 kr. von dem Beklagten erhalten hat."

In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnisse ist Folgendes gesagt:

Von beklagter Seite ist die Eideszuschiebung auch auf das Nichtglauben der Klägerin hinsichtlich der bestrittenen Thatsache der Zahlung ausgedehnt worden. Hätte hiemit der Klägerin angesonnen werden wollen, eidlich zu erhärten, daß in ihrem Inneren nicht einmal die Annahme einer Möglichkeit der vom Beklagten behaupteten Thatsache mehr übrig geblieben sei, d. h. also, daß sie die Ueberzeugung des Nichteintritts jener Zahlung gewonnen habe, so wäre der Eid als unstatthaft erschienen. Denn auf den Grund eines bloßen Zweifelns der Klägerin über die vom Beklagten zu erweisende Thatsache, auf die Voraussetzung der Möglichkeit des Gegentheils hin könnte jene Thatsache bei sonst mangelndem Beweise als erwiesen nicht angesehen werden. Es handelt sich aber bei dem sog. Glaubenseide nicht von der eidlichen Erhärtung eines unbestimmten Meinens und Vermuthens, sondern von einer, zwar nicht auf eigene unmittelbare Wahrnehmungen, wohl aber auf andere zuverlässige Erkenntnißquellen gestützten Ueberzeugung des Schwörenden. In diesem Sinne haben schon die älteren Gesetze (II. Feud. 58, §. 2) in einzelnen Fällen und hat namentlich der Gerichtsgebrauch bis in die neueste Zeit Eideszuschiebungen an eine Partei über Thatsachen für statthaft erkannt, über welche derselben unmittelbare Wahrnehmungen durch die eigenen Sinne

Digitized by Google

abgiengen. [22] Was insbesondere die Rechtsverhältnisse der Erben aus Rechtsgeschäften ihrer Erblasser betrifft, so folgt schon aus dem Prinzip der Vertretung des Erblassers durch die Erben, daß denjenigen, welche aus Schuldverbindlichkeiten des Erblassers belangt werden, ihre prozeßualischen Rechtszuständigkeiten nicht in größerem Umfang entzogen werden dürfen, als dies die durch den Tod des zunächst Verpflichteten veränderten Verhältnisse unbedingt nothwendig machen. Nicht minder ergiebt sich aus der Rechtsnachfolge auch die Verbindlichkeit der Erben, über die Thatsachen, aus welchen der Erblasser Rechenschaft zu geben gehabt hätte, nach Kräften durch Nachforschung wegen etwa vorhandener zuverlässiger Erkenntnißquellen sich zu unterrichten. Daß dies geschehe und daß die Erben nicht etwa in geflissentlichem Unterlassen der Benützung von gegebenen Mitteln zur Erforschung der Wahrheit, wie z. B. der Papiere des Erblassers die Möglichkeit der Ableistung eines Eides über ihr Nichtwissen in bösem Glauben sich vorbehalten, soll durch den sog. Glaubenseid derselben erreicht werden. Wie die meisten neuerdings ergangenen Prozeßgesetze und bekannt gewordenen Entwürfe von solchen [23] hat man hiernach eine Eidesdelation über das auf zureichende Gründe gestützte Glauben, beziehungsweise über das angestellter Nachforschung unerachtet nicht erreichte Glauben einer Thatsache für statthaft angenommen, über welche die Erben aus unmittelbarer Wahrnehmung nicht Auskunft geben können.

Die Form des der Beklagten abzunehmenden Eides betreffend war zwar anzuerkennen, daß die von den neueren

---

[22] Vergl. Strippelmann, Eideszuschiebung, §. 6 ff.; Renaud im Archiv für Civilrecht und Prozeß, Bd. XLIII, S. 139 ff.

[23] Vergl. preußische Ger.-O. Thl. I, Tit. 10, §. 312; badische Pr.-O. §. 530; hannoversche Pr.-O. §. 288; Bolley, Entw. einer Pr.-O. für Württemberg §. 1113; Harpprecht, deßgl. §. 826; deutscher Civ.-Pr.-Entw. §. 414.

Digitized by Google

Prozeßgesetzen und Entwürfen vorgeschlagene Fassung des Eidesthemas [24] als die sachgemäßere erscheint. Das Gericht hat jedoch auf den Eid, wie derselbe im Urtheil gefaßt ist, deßhalb erkannt, weil derselbe in dieser Form zuge-

---

[24] Der Art. 414 des Entwurfes einer allgemeinen deutschen Civilprozeßordnung lautet nach der zweiten Lesung:

„Der Schwurpflichtige hat, sofern seine eigenen Handlungen und Wahrnehmungen in Frage stehen, das Sein oder Nichtsein der streitigen Thatsachen zu beschwören.

In anderen Fällen leistet der Schwurpflichtige, wenn ihm der Beweis der zu beschwörenden Thatsachen obliegt, den Eid dahin:

„Daß er die Ueberzeugung erlangt habe, daß ꝛc.,"

wenn aber dem Gegner der Beweis dieser Thatsachen obliegt, dahin:

„Daß er die Ueberzeugung nicht erlangt habe, daß ꝛc."

Der neueste, gegenwärtig der ständischen Kommission zur Berathung vorliegende Entwurf einer Civilprozeßordnung für das Königreich Württemberg enthält folgende Bestimmungen:

Art. 574. „Der Eid kann jedem Prozeßgegner, aber nur dem Prozeßgegner zugeschoben werden.

Die Eideszuschiebung an Dritte, selbst wenn sie dem Gegner als Nebenintervenienten beigetreten sind, findet nicht statt."

Art. 575. „Die Thatsachen, worüber Eideszuschiebung stattfindet, können sein:

1) eigene Handlungen oder Wahrnehmungen des Gegners;

2) Handlungen oder Wahrnehmungen seines Rechtsvorfahrers und derjenigen Personen, für deren Handlungen er haftet;

3) Handlungen Dritter oder andere auf das streitige Rechtsverhältniß der Parteien sich beziehende Thatumstände."

Art. 576. „Im ersten Falle des Art. 575 hat derjenige, welchem der Eid zugeschoben worden ist, die Unwahrheit der von dem Gegner behaupteten Thatsache zu beschwören.

Im zweiten Falle muß er schwören, daß er ungeachtet gewissenhafter Nachforschung die Ueberzeugung von der Wahrheit der gegnerischen Behauptung nicht erlangt habe.

Im dritten Falle ist das Nichtwissen der fremden Handlungen oder anderen Thatumstände zu erhärten."

Art. 577. „Ueber bloßes Glauben und Nichtglauben findet, sofern nicht gerade dieses die zu erweisende Thatsache ausmacht, unbeschadet der Bestimmung des Art. 576, Abs. 2, die Eideszuschiebung nicht statt."

Digitized by Google

schoben und eventuell angenommen worden und weil nach den gegebenen Erläuterungen nicht zu erwarten ist, daß über die Bedeutung des in das Eidesthema aufgenommenen Wortes „nicht glauben" noch ein das Gewissen der Klägerin beschwerender Zweifel übrig bleiben oder aber leichtfertiger Eidesleistung eine Hinterthüre eröffnet werden könnte.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 21. Februar 1867 in Sachen H. c. Wittwe D.

16) Die Vorschrift des Kap. XI, §. 5 und 6 vergl. mit Kap. VII, §. 9 der Wechselgerichtsordnung vom 24. März 1759 über das Erscheinen der Wechselbeklagten, beziehungsweise deren Erben, in Person ist nicht mehr anwendbar.

Von D. B. in H. wurde gegen die Erben des O. L. v. d. H. in H. A., nachdem dieselben die Erbschaft des Verstorbenen unbedingt angetreten hatten, Wechselklage erhoben und wurde von dem Handelsgerichte Stuttgart der gerichtsbekannte Generalbevollmächtigte der Erben, letztere selbst aber nicht persönlich geladen. Der zur Verhandlung erschienene Generalbevollmächtigte der Beklagten erbot sich Namens seiner Mandanten zum Diffessionseid. Der Anwalt des Klägers aber verlangte, daß der Wechsel in contumaciam als anerkannt angenommen werden solle, weil die Wechselgerichtsordnung vom 24. März 1759 im Kap. VI, §. 5 und 6 das Erscheinen des Beklagten in Person an dem Termine vorschreibe, widrigenfalls der Wechsel als von dem nicht erschienenen Beklagten ausgestellt angesehen werden würde und weil Kap. VII, §. 9 der WGO. von 1759 weiter anordne, daß gegen Diejenigen, die sich als Erben erklären, ratione recognitionis et diffessionis und durchgehends nach Wechselrecht verfahren werden solle.

Das Handelsgericht wies dieses Verlangen als unbegründet zurück und ließ die Erben zum Diffessionseid zu. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Oberhandelsgericht aus folgenden Gründen verworfen:

Digitized by Google

Das Wechselgericht hat seine Ladung nicht an die Beklagten selbst, sondern an deren Generalbevollmächtigten gerichtet und ein persönliches Erscheinen der Beklagten weder verlangt, noch für nöthig erachtet, was dem Vertreter der Beklagten, als einem rechtsgelehrten Advokaten, aus der wechselgerichtlichen Praxis wohl bekannt war. Das persönliche Erscheinen des Wechselbeklagten für den Fall der Diffession, wie solches im Kap. VI, §. 5 der württ. WGO. von 1759 vor dem Wechselgericht bei der ersten Tagfahrt angeordnet ist, ist nach konstanter Uebung der württembergischen Wechselgerichte seit einer Reihe von Jahren nicht als nothwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit der Diffession angesehen worden und diese Abweichung von der Vorschrift der WGO. findet ihren Grund nicht sowohl in der Bildung einer von dem Gesetze abweichenden Gerichtspraxis, als vielmehr in der später eingetretenen Abänderung der prozessualischen Vorschriften über das Wechselverfahren. Nachdem im Jahre 1806 dem zweiten Senate des K. Oberjustizkollegiums die Gerichtsbarkeit in Wechselsachen an der Stelle des bisherigen Wechselgerichtes übertragen worden war,[25] so wurden für dieses Gerichtskollegium Prokuratoren bestellt, welche allein vor demselben vorzustehen und zu handeln berechtigt waren, wogegen die Parteien, soferne sie nicht ausdrücklich dazu vorgeladen waren, vor diesem Gerichte nicht persönlich vorstehen durften, sondern durch ihre Prokuratoren erscheinen mußten.[26] Zugleich wurde die Thätigkeit der Prokuratoren in Wechselsachen, für welche im allgemeinen der bisher übliche Prozeß ganz beibehalten wurde, näher normirt.[27] An diesen gesetzlichen Bestimmungen wurde nichts geändert, als die Gerichtsbarkeit in

[25] K. Organisationsmanifest vom 18. März 1806, §. 43, 71; Instruktion für das Oberjustizkollegium II. Senates vom 4. Mai 1806, §. 20.

[26] Instruktion für die bei dem Oberjustizkollegium II. Senates angestellten Prokuratoren vom 6. August 1806, §. 1, 4.

[27] cit. Instr. §. 8, Z. 1.

Digitized by Google

Wechselsachen den Gerichtshöfen resp. dem Civilsenat des Obertribunals übertragen wurde.[28] Das Obertribunal, als seitheriges Wechselgericht, bei welchem notorisch die überwiegende Mehrzahl der vor die württembergischen Gerichte gebrachten Wechselsachen anfiel, hat stets den Wechselbeklagten in der Vorladung zur Wechselverhandlung übereinstimmend mit §. 4 der Instruktion für die Oberjustizprokuratoren vom 6. August 1806 die Auflage gemacht, durch einen Prokurator zu erscheinen und in einer Reihe von Fällen die Diffitirung von Wechseln durch den ohne seine Partei erschienenen Prokurator und die Ableistung des Diffessionseides durch die Partei in einer späteren Tagfahrt zugelassen. Dagegen entstanden Zweifel darüber, ob die Anwesenheit des Wechselbeklagten neben dem von ihm bestellten Prokurator bei der ersten Wechselverhandlung zulässig erscheine,[29] ja es liegen Entscheidungen des Obertribunals vor, wonach der persönlich erschienene Beklagte deßhalb, weil er ohne Prokurator erschien, zur mündlichen Verhandlung vor dem Wechselgerichte gar nicht zugelassen worden ist.[30] Dieser seitherigen Behandlungsweise der Wechselsachen kann nur die Voraussetzung zu Grunde liegen, daß die Bestimmung der Wechselgerichtsordnung über das persönliche Erscheinen des Wechselbeklagten durch die spätere Gesetzgebung beseitigt worden sei und es steht sonach mit der oben gegebenen rechtlichen Ausführung auch die seitherige Gerichtspraxis im Einklang.

Obgleich durch die Handelsgerichtsordnung vom 13. August 1865 der Advokaten- und Prokuratorenzwang für die erste Instanz aufgehoben worden ist, so ist doch hiedurch

---

[28] V. Edikt vom 18. Nov. 1817, §. 26, Z. 4; provisor. Verordnung vom 22. Sept. 1819, §. 27.

[29] Wechselprotokoll des Obertribunals vom 29. Okt. 1862; vergl. dieses Archiv Bd. VI, S. 410 f., wonach die obige Frage bejaht worden ist.

[30] Beschl. des Obertribunals als Wechselgericht vom 2. Juni 1837, vom 6. August 1839 und vom 21. Mai 1862.

Digitized by Google

die durch die frühere Gesetzgebung bereits beseitigte ältere Vorschrift der Wechselgerichtsordnung von 1759 über das persönliche Erscheinen des Beklagten bei der ersten Tagfahrt nicht wieder in's Leben getreten; vielmehr ist in Art. 118, Abs. 2 der HGO. bezüglich der Verhandlung von Wechselsachen ausdrücklich auf den bisherigen Gerichtsgebrauch verwiesen.

Demzufolge erscheint die Zulassung der Beklagten zum Diffessionseid ihres Nichterscheinens bei der Wechselverhandlung unerachtet gerechtfertigt.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 28. Februar 1867 in Sachen v. d. H. c. B.

Bemerkung der Redaktion. Die Wechselgerichtsordnung von 1759 Kap. VI, §. 5 und 6 bestimmt, daß der Beklagte, wenn er mit der Ableugnung des Wechsels gehört werden will, in Person am ersten Termine erscheinen und an diesem Termine den Diffessionseid, wenn der Kläger es verlangt, sofort schwören muß. Diese Bestimmung, welche auch in anderen Wechselprozeßordnungen sich findet (dieses Archiv Bd. V, S. 285 ff.), hat ihren offenbaren Grund darin, daß dem Wechselschuldner die Möglichkeit abgeschnitten werden soll, durch muthwilliges Ableugnen der Unterschrift die Wechselexekution hinauszuschieben. Muß der Beklagte in Person erscheinen, wenn er den Wechsel ableugnen will, und weiß derselbe, daß er die Ableugnung auf Verlangen sofort eidlich erhärten muß, so wird er nicht leicht gegen besseres Wissen zu der Ableugnung sich entschließen, zumal wenn der Prozeß, wie jetzt vor den Handelsgerichten, öffentlich verhandelt wird, während der beklagte Wechselschuldner, wenn er, ohne persönlich am ersten Termine erscheinen zu müssen, den Wechsel durch seinen Anwalt ableugnen lassen kann, viel eher hiezu sich verleiten lassen wird, um Zeit zu gewinnen, da ihm ja immer noch unbenommen ist, an dem zur Abnahme des Diffessionseides anberaumten zweiten Termine auszubleiben, und sich nunmehr kontumaziren zu lassen. Sollte aber je der Beklagte,

Digitized by Google

ungeachtet seines persönlichen Erscheinens und ungeachtet der Oeffentlichkeit des Verfahrens den Wechsel muthwillig abläugnen und eine übereilte Eidesleistung zu befürchten sein, so hat der Kläger es in der Hand, durch das Verlangen des Aufschubs der Eidesleistung diesem entgegenzuwirken und durch den Aufschub dem Beklagten Zeit zu lassen, mit sich selbst nochmals zu Rathe zu gehen, oder auch durch beichtväterliche Belehrung das Gewissen ihm schärfen zu lassen. Diese Betrachtungen waren es, welche den Bestimmungsgrund für die in diesem Archive Bd. V, S. 284 ff. erhobenen Bedenken gegen die, von der angeführten Bestimmung der Wechselgerichtsordnung abgewichene, Praxis des Obertribunals als Wechselgerichtes abgaben, welche Bedenken damals um so greller hervortraten, als das Obertribunal schriftliche Verhandlung der Wechselklagen gestattete und es dadurch dem beklagten Wechselschuldner ermöglicht war, durch muthwilliges Abläugnen des Wechsels den Prozeß Monate lang hinauszuziehen, um dann schließlich, wenn es darauf ankam, doch nicht zu schwören. Eine so ungebührlich lange Verzögerung der Wechselexekution durch muthwilliges Abläugnen des Wechsels von Seiten des Beklagten ist nun durch das mündliche Verfahren vor den Handelsgerichten allerdings ausgeschlossen und es ist, wenn im Falle des Abläugnens des Wechsels durch den Anwalt des Beklagten im ersten Termine sogleich ein möglichst naher zweiter Termin zur Abnahme des Diffessionseides anberaumt wird, für den Wechselgläubiger durch diese kleinere Verzögerung weniger Nachtheil oder Gefahr zu befürchten. Es sind daher bei dem neuen Verfahren die gegen die Abweichung von der Bestimmung der Wechselgerichtsordnung früher erhobenen Bedenken von nicht mehr so großem Gewichte. Dagegen dürfte der in der obigen Ausführung des Oberhandelsgerichtes gemachte Versuch, die Praxis des Obertribunals als gesetzlich begründet darzustellen, nicht gelungen und die Annahme, daß die fragliche Bestimmung der Wechselgerichtsordnung durch die Instruktion für die

Digitized by Google

Oberjustizprokuratoren vom 6. August 1806 habe abgeändert werden wollen und wirklich abgeändert worden sei, erheblichen Bedenken unterworfen sein. Denn einmal ist im §. 8, Ziffer 1 der gedachten Instruktion ausdrücklich gesagt, daß es in Wechselsachen bei dem bisher üblichen bekannten Prozeßgange bleibe, was doch wohl gegen die Absicht einer Abänderung von Bestimmungen der Wechselgerichtsordnung spricht. Sodann bestimmt der §. 1 der gedachten Instruktion nur, daß die Prokuratoren die einzigen Sachwalter seien, welche vor dem Kollegio vorstehen und handeln dürfen, womit mehr nicht als der Ausschluß der übrigen Rechtsanwälte ausgesprochen ist (vergl. auch dieses Archiv Bd. II, S. 518), und der §. 4 der Instruktion besagt nur, daß die Parteien in der Regel und soferne sie nicht ausdrücklich dazu vorgeladen werden, nicht persönlich vor dem Oberjustizkollegio vorstehen dürfen, sondern durch ihre Prokuratoren erscheinen müssen, während darüber, wann diese Regel eintrete und in welchen Fällen die Parteien in Person zu erscheinen haben und somit auch in Person geladen werden müssen, in der Instruktion überall nichts bestimmt ist und ihrem ganzen Zwecke nach auch nichts konnte bestimmt werden wollen. Es dürfte daher sehr gewagt sein, aus den Bestimmungen der gedachten Instruktion eine Aufhebung der, das persönliche Erscheinen der Partei ausdrücklich vorschreibenden, Bestimmung des §. 5, Kap. VI der Wechselordnung von 1759 folgern zu wollen, während hieran bei Abfassung der Instruktion offenbar nicht gedacht worden ist. — Man wird mehr nicht sagen können, als daß die Einführung des Prokuratoreninstitutes höchst wahrscheinlich den Anlaß zu dem Abgehen von der fraglichen Bestimmung der Wechselgerichtsordnung gegeben hat, worauf schon in den oben erwähnten Bemerkungen über diese Frage hingewiesen worden ist. Aber eine gesetzliche Begründung hatte diese Praxis nicht und wenn die Handelsgerichte sich derselben anschließen wollen, so werden sie dieß wohl nur damit begründen können,

Digitized by Google

daß bei dem Obertribunal ein von den Bestimmungen der Wechselgerichtsordnung abweichender Gerichtsgebrauch unläugbar einmal bestanden hat und der Art. 118, Abs. 2 der Handelsgerichtsordnung vom 13. August 1865 auf den bisherigen Gerichtsgebrauch, wenn auch nur in zweiter Linie und nur nach den für Wechselsachen bestehenden gesetzlichen Vorschriften, verweist. Ob freilich, nachdem der Anwaltszwang, welcher Allem nach den Anlaß zu dem fraglichen Gerichtsgebrauche gegeben hat, für das Verfahren in Wechselsachen, auch soweit er früher bestanden, gefallen ist, noch Grund vorhanden ist, jenem Gerichtsgebrauche zu folgen, und ob nicht vielmehr die Bestimmung der Wechselordnung wieder zur Anwendung zu bringen sein dürfte, ist eine andere Frage. (K.)

17) Diffessionseid der Erben des Wechselschuldners.

In der Wechselklagsache des D. B. in H. gegen die Erben des O. L. v. d. H. in H. A. hatte das Handelsgericht Stuttgart erkannt: Die beiden Erben haben zu schwören:

„daß sie nicht wissen und trotz eingezogener sorgfältiger Erkundigung auch nicht glauben, daß ihr Erblasser den eingeklagten Wechsel selbst unterschrieben, oder durch einen Dritten habe unterschreiben lassen."

Auf von beiden Parteien erhobene Beschwerde änderte das Oberhandelsgericht das Eidesthema dahin ab:

„daß sie nicht wissen und auch nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung nicht gewonnen haben, daß ꝛc."

In den Gründen zu diesem Erkenntniß ist ausgeführt:

Nach Kap. VII, §. 9 der Wechselgerichtsordnung von 1759 soll gegen Erben, wenn sie die Erbschaft angetreten haben, ratione recognitionis et diffessionis und durchgehends nach Wechselrecht verfahren werden. Das Thema des von den Erben abzuschwörenden Diffessionseides ist sonach nicht ein für allemal gesetzlich bestimmt und ist dem-

Digitized by Google

zufolge nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen zu normiren ꝛc.

Die Erben halten sich durch die Ausdehnung des Eides auf Nichtglauben beschwert. Diese Beschwerde erscheint unbegründet. Nach der richtigen und auch in den Gesetzgebungsarbeiten der neueren Zeit vorherrschend adoptirten Rechtstheorie,[31] sowie nach der von den württ. Gerichten seither befolgten Praxis wird der Glaubenseid insbesondere dann unbedenklich zugelassen, wenn es sich Erben gegenüber um den Beweis von Rechtsgeschäften ihres Erblassers handelt, über welche die Erben nicht aus eigener unmittelbarer Wahrnehmung Kenntniß haben. Im vorliegenden Falle wäre der Erblasser der Beklagten, falls er den Klageanspruch hätte bestreiten wollen, zu Leistung des Offessionseides in der Form des Wahrheitseides verbunden gewesen. Wenn nun einerseits die Beklagten, welche für die Verbindlichkeiten ihres Erblassers einzustehen haben, wegen mangelnder eigener Kenntniß des Sachverhaltes zu Leistung eines Wahrheitseides über eine ihnen fremde Thatsache nicht angehalten werden können, so kann ihnen andererseits auch nicht zustehen, durch bloßes Verneinen der Behauptungen des Klägers, für welche demselben im Wechselprozesse außer dem Offessionseid kein anderes Beweismittel zu Gebote steht, oder durch Beschwören eines bloßen Nichtwissens, das keine Bemühung zur Ermittlung des wahren Sachverhaltes voraussetzt, von dem eingeklagten Wechselanspruche sich zu befreien; vielmehr haben die Beklagten in Vertretung ihres Erblassers den Offessionseid in soweit, als derselbe einem Schwurpflichtigen über eine ihm nicht aus eigener Wahrnehmung bekannte Thatsache auferlegt werden kann, nämlich in der Beschränkung auf Nichtwissen und Nichtglauben zu leisten. Eine weiter gehende Verpflichtung der Beklagten dahin, ihr Wissen und ihre Ueberzeugung von der Unrich-

[31] Vergl. die Konferenzprotokolle der hannover'schen Civilprozeßkommission S. 2797.

tigkeit der klägerischen Behauptung zu beschwören, erscheint schon deßhalb nicht begründet, weil der Kläger den Beweis seiner Behauptung und nicht die beklagte Partei den Gegenbeweis gegen die Aufstellung des Klägers zu führen hat, und weil der Eid in dieser Fassung die Beklagten noch mehr, als ein Eid über Nichtglauben in der weitesten Ausdehnung, beschweren, ja die Ableistung beinahe unmöglich machen würde. Durch Auflegung des Eides über Nichtglauben will den Beklagten keineswegs angesonnen werden, zu beschwören, daß in ihrem Innern auch nicht einmal die Annahme der Möglichkeit der klägerischer Seits behaupteten Thatsache übrig geblieben sei. Vielmehr beschränkt sich die den Beklagten durch die Eidesauflage obliegende Verpflichtung darauf, vermöge ihrer Rechtsnachfolge in das Vermögen ihres Erblassers über diejenigen Thatsachen, über welche Letzterer aus eigener Kenntniß Rechenschaft zu geben gehabt hätte, nach Kräften durch Nachforschung wegen etwa vorhandener zuverlässiger Erkenntnißquellen sich zu unterrichten und über das Resultat ihrer Bemühungen, an der Stelle der ihrem Erblasser obgelegenen Verpflichtung zum Wahrheitseid, getreulich unter Eid Auskunft zu geben. Auf die subjektive, auf keine Beweisgründe gebaute, Ansicht des Schwurpflichtigen findet der sogenannte Eid über Nichtglauben keine Ausdehnung.

Beklagter Seits wird insbesondere noch gegen den Beisatz des Wortes „sorgfältig" zu der im Eidesthema zur Pflicht gemachten Nachforschung Beschwerde erhoben. Diese Beschwerde erscheint unbegründet. Die Verpflichtung der Erben zu Anstellung von Nachforschungen über Handlungen des Erblassers beschränkt sich selbstverständlich nicht darauf, überhaupt irgend eine Nachforschung anzustellen, und sich dann dabei zu beruhigen; sondern sie erstreckt sich darauf, nach Kräften die ihnen zu Gebote stehenden Mittel zu Erforschung der Wahrheit zu benützen. Das Merkmal der Sorgfalt bei Anstellung der Nachforschungen versteht sich daher von selbst und es könnte sich höchstens fragen, ob

Digitized by Google

daſſelbe nicht als überflüſſig aus dem Eidesthema hätte weggelaſſen werden können.[32] Allein dieß erſchien, nachdem das Wort einmal in das Erkenntniß voriger Inſtanz aufgenommen war, zu Vermeidung von Mißverſtändniſſen unthunlich.

Entſcheidung des Oberhandelsgerichtes vom 28. Februar 1867 in Sachen B. c. v. d. H. Erben.

18) Verweiſung illiquider Einreden im Wechſelprozeſſe in die Widerklage.

Die Verweiſung illiquider Einreden im Wechſelprozeſſe in die Widerklage iſt auch in dem Verfahren nach der Handelsgerichtsordnung von einem Antrage des Beklagten nicht abhängig. Dieß folgt daraus, daß dieſe Verweiſung nur den Ausſpruch enthält, daß die betreffende Einrede, beziehungsweiſe die für eine an ſich für ſtatthaft erkannte Einrede produzirten Beweismittel im Wechſelprozeß ausgeſchloſſen ſeien.[33] Hiernach iſt die Verweiſung einer Einrede in die Widerklage nicht ſtatthaft, wenn dem Wechſelrecht entnommene Einreden, beziehungsweiſe Beweismittel für ſolche, aus anderen Gründen verworfen werden,[34]

---

[32] In dem Entwurfe einer allgemeinen deutſchen Civilprozeßordnung hat man in zweiter Leſung beim Glaubenseid die Worte „nach ſorgfältiger Nachforſchung" geſtrichen, während ſie bei erſter Leſung nicht beanſtandet waren, ſo daß der Eid jetzt einfach lautet: „ich ſchwöre, daß ich die Ueberzeugung erlangt", beziehungsweiſe: „ich ſchwöre, daß ich die Ueberzeugung nicht erlangt habe." Art. 414 des Entwurfes. Dieſe Streichung erfolgte aber nicht, weil man die Worte für unrichtig, ſondern weil man ſie für ſelbſtverſtändlich und darum für überflüſſig hielt. Hannov. Konf.-Prot. S. 5786, 5793.

[33] Vergl. Wechſelgerichtsordnung vom 24. März 1759 Kap. VI, §. 19 und 20; Kap. VIII, §. 1 und 2; Handelsgerichtsordnung Art. 118 und 123.

[34] Vergl. Boſcher, Zeitſchrift für freiw. Gerichtsbarkeit Bd. VI, S. 76.

Digitized by Google

insbesondere wenn eine an sich für zulässig erkannte Eides-zuschiebung als chicanös verworfen wird.

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 23. Mai 1867 in Sachen B. c. St. und Sch.

19) Verfällung des Appellanten in die Prozeßkosten zweiter Instanz, trotz dessen theilweisen Obsiegens in dieser Instanz.

C. B. in H. hatte in erster Instanz einer Wechselklage seinerseits zwei Wechselregreßforderungen an den Kläger im Wege der Kompensationseinrede entgegengesetzt; diese Kompensationseinrede wurde aber vom Richter erster Instanz verworfen. In zweiter Instanz setzte der Beklagte, Appellant an die Stelle der einen der verworfenen Wechselregreßforderungen die dem betreffenden Wechsel zu Grunde liegende Forderung aus einem Kontokorrent Saldo, bezüglich der die Kompensation in zweiter Instanz für statthaft erkannt wurde. Dessen ungeachtet wurde der Appellant in sämmtliche Kosten beider Instanzen verurtheilt, weil es ihm unter allen Umständen möglich gewesen wäre, seine Einrede, so wie er in zweiter Instanz gethan, schon in erster Instanz wenigstens eventuell zu begründen (Art. 108 der HGO.).

Entscheidung des Oberhandelsgerichtes vom 28. Mai 1867 in Sachen B. c. R.

III.

Literarische Mittheilungen.

1) Ueber die Todesstrafe. Vortrag im königl. württembergischen Justizministerium, erstattet von dem Obertribunalrath Anton Beyerle. Stuttgart, Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung 1867.

Als vor 43 Jahren das Edikt über die Strafgattungen und Strafanstalten vom 17. Juli 1824 in der württembergischen Ständekammer berathen wurde, war es nur eine

Digitized by Google

einzige Stimme, welche sich gegen die in dem Edikte ausgesprochene Beibehaltung der Todesstrafe erhob. In den Motiven zu dem Gesetzesentwurfe war die Beibehaltung der Todesstrafe als selbstverständlich vorausgesetzt und nur die Art ihrer Vollziehung in Frage gestellt, [1] und von dem Justizminister Frhr. v. Maucler wurde in dem Vortrage, mit welchem der Entwurf von ihm bei der Kammer der Abgeordneten eingebracht wurde, nur ganz kurz bemerkt, daß die Unentbehrlichkeit der Todesstrafe bei dem dermaligen Stande der Kultur, mit welcher so manche verbrecherische Auswüchse stets verbunden seien, nicht wohl bezweifelt werden könne. [2] Auch der Kommissionsbericht über den Entwurf beschränkte sich auf die Bemerkung, daß die durch die Fortschritte der Philosophie aufgeklärte Kriminalpolitik sich längst für die einfache Todesstrafe entschieden habe, während die Frage, ob die Todesstrafe zulässig, gerecht und nothwendig, von der Kommission nicht einmal aufgeworfen wurde. [3] Erst bei der Berathung des Entwurfes in der Kammer der Abgeordneten am 5. Juli 1824 ließ sich eine Stimme (Frhr. v. Werneck) gegen die Beibehaltung der Todesstrafe vernehmen und Prälat v. Abel, obwohl überzeugt, daß bei dem damaligen Stande der Kultur die Todesstrafe nicht aufgehoben werden könne, sprach wenigstens, indem er auf ernste Bedenken hinwies, welche gegen diese Strafe sprechen, seine Hoffnung aus, daß eine Zeit kommen werde, wo die Todesstrafe werde aufgehoben werden können und sie nur noch als ein Ueberrest ehemaliger Barbarei werde betrachtet werden. [4] Soweit sind wir nun zwar leider bis heute nicht vorgeschritten, allein, wenn nicht politische Stürme uns wieder zurückwerfen, so steht zu hoffen, daß die Zeit nicht mehr lange auf sich warten lassen

[1] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1823/24 Heft X, S. 805—808.

[2] Ebendaselbst S. 780.

[3] Ebendaselbst, Heft XIV, S. 1486.

[4] Ebendaselbst, Heft XVI, S. 1614—1616.

Digitized by Google

werde, welche die Aufhebung der Todesstrafe uns bringen wird, da die Entwickelung, welche die hochwichtige Frage insbesondere in Württemberg gefunden hat, nothwendig auf diese Lösung hindrängt.

Schon vierzehn Jahre nach der Berathung des Strafediktes, als das Strafgesetzbuch vom 1. März 1839, welches die Todesstrafe immer noch für eine größere Anzahl von Verbrechen androhte, in den württembergischen Ständekammern zur Berathung kam, war die Zahl der Gegner der Todesstrafe in der Kammer der Abgeordneten um ein Namhaftes gewachsen. Denn wenn auch mit 53 Stimmen die Beibehaltung der Todesstrafe beschlossen wurde, so waren es doch 29 [5] Mitglieder, also über ein Drittheil der Kammer, welche ihre Stimme dagegen abgegeben haben. Die Regierung ging zwar auch jetzt wieder, wie im Jahr 1824, davon aus, daß bei dem dermaligen Zustande der Civilisation die in der Todesstrafe liegende Garantie für die Sicherheit der bürgerlichen Gesellschaft noch nicht entbehrt werden könne; allein doch wurde die Beseitigung der Todesstrafe als ein wünschenswerthes Ziel schon in den Motiven des Regierungsentwurfes bezeichnet, [6] und bei der Berathung in der Abgeordnetenkammer sprach der Chef des Justizdepartements, Geheimerath v. Schwab, als seine Ueberzeugung aus, daß man die Todesstrafe, wenn auch dermalen noch nicht, so doch in nicht ferner Zeit ganz werde entbehren können. [7] In ähnlicher Weise nahm auch die Mehrheit der Kommission der Abgeordnetenkammer die allen Menschenfreunden erwünschte Abschaffung der Todesstrafe für die Zukunft in Aussicht, war aber mit der Regierung zur Zeit für deren Beibehaltung, da in dem

[5] Nicht 25, wie in dem zu besprechenden Vortrage S. 50 in der Note angeführt ist.

[6] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1835, Bd. V, S. 213.

[7] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1838, Bd. I, Sitzung V, S. 73, 74.

Digitized by Google

Rechtsgefühl der großen Mehrzahl des Volkes die Todesstrafe, als die für schwere, gegen das Leben Anderer gerichtete, Verbrechen rechtmäßige und nothwendige Strafe, zur Zeit noch fest wurzle und die gänzliche Abschaffung derselben dieses Rechtsgefühl tief verletzen würde.[8] Schon in der Kommission erklärte sich jedoch ein Mitglied (Schott), nach sorgfältiger Abwägung der für und wider die Todesstrafe sprechenden Gründe, für deren sofortige Abschaffung[9] und ihm sind bei der Berathung in der Kammer, wie schon erwähnt, 28 weitere Kammermitglieder, darunter Uhland und Pfitzer, die evangelischen Prälaten v. Kapff, v. Pahl und v. Köstlin, deßgleichen sämmtliche in der Kammer befindliche katholische Geistliche, Domdekan v. Jaumann, Dekan v. Münch und Pfarrer Pflanz, beigetreten, während mit der Majorität die ganze ritterschaftliche Bank, die drei übrigen evangelischen Prälaten, Kanzler v. Wächter, mehrere Mitglieder des höheren Richterstandes und Andere stimmten.[10] Für die Beibehaltung der Todesstrafe, deren rechtliche und moralische Zulässigkeit der Majorität außer Frage stand, wurde vorzugsweise geltend gemacht, daß sie zur Zeit als Abschreckungs- und Sicherungsmittel, sowie mit Rücksicht auf die im Volke herrschenden Rechtsbegriffe noch nicht entbehrt werden könne. Die vielen Verbrechen, welche noch immer begangen werden, beweisen, daß das Volk noch nicht auf derjenigen Stufe der Sittlichkeit, Kultur und Bildung stehe, welche die Aufhebung der Todesstrafe erlauben würde. Diese allein sei es, welche gewisse Menschen, die vor keiner andern Strafe Furcht haben, von den schwersten Verbrechen abschrecke, und wenn die Todesstrafe aufgehoben würde, so wäre Leib und Leben der Bürger und die ganze Rechtsordnung des Staates

[8] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1838, Bd. XI, Beilagen zum Kommissionsberichte, S. 21, 22.

[9] Ebendaselbst, S. 8 und Bd. I, Sitzung V, S. 49 ff.

[10] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1838, Bd. I, Sitzung V, S. 74.

Digitized by Google

auf das äußerste gefährdet und die menschliche Gesellschaft großen Gefahren blos gestellt. So lange die Menschen von dem sittlichen Gefühle und dem Christenthum nicht so durchdrungen seien, daß sie keine todeswürdigen Verbrechen mehr begehen, so lange könne die Todesstrafe nicht abgeschafft werden. Dieselbe sei ferner das einzige Mittel, die schwersten Verbrecher für die Gesellschaft absolut unschädlich zu machen, indem auch ihre Einsperrung im Zuchthaus keine vollständige Sicherung der Gesellschaft gewähre. Endlich würde die Aufhebung der Todesstrafe gegen das Rechtsgefühl des Volkes verstoßen, welches für die schwersten Verbrechen, insbesondere für den Mord, die Todesstrafe verlange. [11] — Diesen Gründen gegenüber wurde von den Gegnern der Todesstrafe hervorgehoben, daß schon deren Rechtmäßigkeit an sich vom rechtlichen, moralischen und christlichen Standpunkte aus sich bezweifeln lasse, da sie ein Uebel zufüge, dessen Folgen, Wirkungen und Umfang Niemand kenne, da sie ferner die moralische Besserung des Verbrechers, welche einen Hauptzweck der Strafe bilden solle, unmöglich mache, da sie weiter die Wiederherstellung im Falle eines Irrthums ausschließe und da sie endlich als eine Barbarei sich darstelle. Dabei wurde, gewiß mit vollem Rechte, von evangelischen, wie von katholischen Geistlichen gezeigt, wie verfehlt es sei, die Todesstrafe aus Stellen des alten und neuen Testamentes rechtfertigen zu wollen und darauf hingewiesen, daß, wenn auch das Christenthum die Todesstrafe nicht verbiete, sie doch nicht in seinem Geiste liege. Wäre sie aber auch als an sich zulässig zu betrachten, so könnte dieß doch nur so lange gelten, als sie auch wirklich nothwendig sei. Diese Nothwendigkeit sei aber zu läugnen. Die Sicherheit der bürgerlichen Gesellschaft und die Erhaltung der Rechtsordnung werde durch Aufhebung der Todesstrafe nicht gefährdet. Denn gegen den Verbrecher selbst könne sich die Gesellschaft auch durch dessen Einsper-

[11] Ebendaselbst S. 67—69, 71, 73, 75—83.

Digitized by Google

rung sichern, und was die Abschreckung Anderer betreffe, so sei es Erfahrungssache, daß die Todesstrafe nicht abschrecke; die Erfahrung lehre, daß Verbrechen auch durch Androhung der schwersten Strafen nicht verhindert werden. Deren Vermehrung oder Verminderung liege in ganz anderen Ursachen, und am meisten könne man ihnen durch Bildung des Volkes entgegenwirken. Die Behauptung, daß das Volk zur Abschaffung der Todesstrafe noch nicht reif sei, sei eine Redensart, womit man alle Ansprüche auf Fortschritte beseitigen könne. Wollte man auf die sittliche Vollkommenheit der Menschen und darauf warten, daß keine schwere Verbrechen mehr begangen werden, so würde, so wie die Menschen einmal seien, der Tag der Aufhebung der Todesstrafe nie erscheinen. Das sogenannte Rechtsgefühl des Volkes, welches die Todesstrafe verlange, sei nichts als ein vom sittlichen Standpunkte verwerfliches Rachegefühl, welchem der Gesetzgeber keine Rechnung zu tragen habe. Zudem habe dieses Gefühl keineswegs so tiefe Wurzeln im Volke, daß man sagen könnte, es würde die Aufhebung der Todesstrafe mit der herrschenden Volksansicht in solchem Mißverhältniß stehen, daß die allgemeine Achtung vor der Heiligkeit der durch den Staat gegründeten Rechtsordnung dadurch geschwächt würde. Die Todesstrafe könne sich nicht mehr lange halten, Alles deute darauf hin, daß ihre letzte Zeit herannahe, denn ihre Aufhebung sei eine Forderung der Humanität und der fortgeschrittenen sittlichen Bildung. [12] — Während in dieser Weise in der Kammer der Abgeordneten wenigstens eine namhafte Minorität gegen die Todesstrafe ankämpfte, wurde sich in der Kammer der Standesherren auf die Frage gar nicht eingelassen, die Unentbehrlichkeit der Todesstrafe vielmehr als selbstverständlich betrachtet, [13] und es wurde demgemäß dieselbe in dem Strafgesetzbuche schließlich auch beibehalten.

[12] Ebendaselbst S. 49—67, 69—72, 75—84.

[13] Verhandlungen der Kammer der Standesherren von 1838, Heft I, S. 316, 317.

Digitized by Google

So blieb es, bis im Jahr 1848 die durch das allgemeine Wahlrecht berufene deutsche Nationalversammlung zu Frankfurt die Gelegenheit ergriff, um mit so manchen anderen Ueberresten der Vergangenheit auch die Todesstrafe abzuschaffen. Bei Berathung der Grundrechte war die Frage der Todesstrafe zur Sprache gekommen und, nachdem gegen dieselbe im Wesentlichen die bekannten Gründe geltend gemacht worden, deren Aufhebung, bei der ersten Lesung am 4. August 1848 mit 288 gegen 146, bei der zweiten Lesung am 7. Dezember 1848 mit 256 gegen 176 Stimmen, beschlossen worden. In Folge dessen wurde in den Grundrechten des deutschen Volkes die Todesstrafe, ausgenommen wo das Kriegsrecht sie vorschreibt oder das Seerecht im Falle einer Meuterei sie zuläßt, aufgehoben. Diese Bestimmung der Grundrechte wurde, wie in der größeren Zahl der deutschen Staaten, so auch in Württemberg durch die Landesgesetzgebung zum Vollzug gebracht und demgemäß durch das Gesetz vom 13. August 1849 die lebenslängliche Zuchthausstrafe an die Stelle der Todesstrafe gesetzt. Die Frage der Todesstrafe wurde hiebei gar nicht mehr erörtert, indem Regierung und Stände, ausgehend von der verbindenden Kraft der Grundrechte, welche damals in Württemberg anerkannt war, das erwähnte Gesetz lediglich als die Vollziehung der durch die angeführte Bestimmung der Grundrechte nothwendig gewordenen Abänderung des Strafgesetzbuches betrachteten. [14]

Als aber in den nächsten Jahren die Verbrechen zunahmen und insbesondere auch die Verbrechen gegen das Leben Anderer häufiger wurden, so war man leicht geneigt, dieß mit der Abschaffung der Todesstrafe in Verbindung zu bringen, als ob das, was in der Zeit sich folgt, auch in einem ursächlichen Zusammenhang mit einander stehen müßte, und es erhoben sich, besonders vom Lande, sowohl

[14] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1848 bis 1849 Beil. Bd. I, A S. 351, 354; Protokolle Bd. V, S. 4314.

Digitized by Google

in der Presse als in Petitionen an die Ständeversamm-lung einzelne ängstliche Stimmen, welche die sofortige Wiedereinführung der Todesstrafe bevorworteten. Die würt-tembergische Regierung lieh diesen Stimmen ein geneigtes Ohr, das Justizministerium hörte die Kriminalsenate des Obertribunals und der Gerichtshöfe, und nachdem sich von diesen zwei gegen, drei für die Wiedereinführung der Todes-strafe ausgesprochen hatten, brachte der damalige Justizmini-ster Frhr. v. Pleſſen schon am 17. März 1853, also ehe drei Jahre seit Abschaffung der Todesstrafe vergangen waren, einen Gesetzesentwurf, betr. die Wiedereinführung der Todesstrafe, bei der Ständekammer ein. Dem gerechten Befremden über einen so raschen Wechsel der Gesetzgebung in einer so wichtigen Frage suchten die Motive zu dem Regierungsentwurfe durch die doch wohl sehr des Beweises bedürftige Hinweisung zu begegnen, daß jener Akt der Ge-setzgebung, wodurch die Todesstrafe aufgehoben worden, mehr nur auf dem damaligen politischen Gange der Dinge überhaupt, als auf einem wirklich gefühlten Bedürfnisse und auf einer unbefangenen und von der herrschenden Volksansicht getragenen Würdigung der Menschen und der Verhältnisse, wie sie seien, beruht habe, daß ferner die im Volke herrschende Ansicht für die schwersten Verbrechen, ins-besondere für Verbrechen gegen das Leben Anderer, den Tod des Verbrechers fordere, und daß mit dieser herrschen-den Volksansicht die Strafgesetzgebung sich um so weniger in Widerspruch setzen dürfe, als die schweren Verbrechen, insbesondere gegen das Leben Anderer, schon seit 1840, noch mehr aber seit der im Jahr 1849 erfolgten Abschaf-fung der Todesstrafe in steter Zunahme begriffen seien. Letzteres beweise, daß derjenige höhere Grad von Sittlich-keit, Religiosität und Rechtsgefühl bei der Masse des Volkes noch nicht erreicht sei, welcher allein eine Milderung der Strafgesetze, wie sie durch das Gesetz vom 13. Aug. 1849 bezweckt worden, hätte rechtfertigen mögen, und daß zu Verhütung der schwersten Verbrechen zu wirksameren Mitteln

Digitized by Google

zurückgegriffen werden müsse.[15] Die Mehrheit der Kommission der Abgeordnetenkammer war anderer Ansicht, indem sie den Antrag stellte, dem Gesetzesentwurfe, betreffend die Wiedereinführung der Todesstrafe, nicht zuzustimmen.[16] Die Minorität der Kommission dagegen erklärte sich mit dem Regierungsentwurfe einverstanden[17] und die Kammer der Abgeordneten trat mit 47 gegen 43 Stimmen demselben gleichfalls bei. Mit der Majorität stimmten sämmtliche ritterschaftliche Abgeordnete, sowie, eine gewiß auffallende Erscheinung, fünf der evangelischen Prälaten; nur Ein Prälat, v. Mehring, stimmte gegen die Wiedereinführung der Todesstrafe, die beiden katholisch-geistlichen Mitglieder der Kammer enthielten sich der Abstimmung.[18]

Die Majorität der Kommission (Berichterstatter: v. Weber, Mitberichterstatter: v. Wiest von Ehingen) hatte ihren Antrag in einem sehr gründlichen, ernst und ruhig gehaltenen Berichte allseitig beleuchtet, in welchem zuerst die Gründe, welche sich als Folgerungen aus den verschiedenen strafrechtlichen Theorien ergeben, sodann die Gründe, welche unabhängig von dem Streite der Strafrechtstheorien bestehen, zusammengestellt sind, hieran sodann eine Darstellung des Standes der Gesetzgebung und der öffentlichen Meinung in den verschiedenen Ländern über die Todesstrafe, sowie der in den verschiedenen Ländern gemachten Erfahrungen über die Wirksamkeit der Todesstrafe angereiht und schließlich das Resultat hieraus gezogen ist. Die Frage der Todesstrafe sei, sagt der Bericht, eine Frage der Civilisation, ihre Geschichte gehe gleichen Schritt mit der Kulturgeschichte der Völker. Mit dem Steigen der Gesittung und

---

[15] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1851 bis 1852, Beil. Bd. I, S. 593, 594, vergl. auch S. 591.

[16] Ebendaselbst S. 852.

[17] Ebendaselbst S. 852—854.

[18] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1851 bis 1853, Prot. Bd. VI, S. 3909, 3910.

Digitized by Google

der durch das Christenthum geförderten Entwickelung der Prinzipien der Humanität seien allmälig die vielfachen Qualifikationen der Todesstrafe verschwunden und sie sei für immer wenigere Fälle angedroht und noch seltener vollzogen worden. In der Wissenschaft, in gesetzgebenden Versammlungen und in den weiteren Kreisen der Gesellschaft seien Zweifel an der Rechtmäßigkeit und Nothwendigkeit der Todesstrafe wach geworden, und die Zahl ihrer Gegner nehme fortwährend zu. Selbst diejenigen, welche sie zur Zeit noch für unentbehrlich halten, nehmen ihre Abschaffung für künftige Zeiten steigender Gesittung in Aussicht, und wenn man auch darüber verschiedener Meinung sein könne, ob die Todesstrafe bei dem dermaligen Stande der Gesittung entbehrt werden könne, so sei doch, wenn man auf den Stand der Frage in der Wissenschaft, in den Gesetzgebungsarbeiten und in der öffentlichen Meinung hinblicke, in der Abschaffung der Todesstrafe durch die deutsche Nationalversammlung nur die in geschichtlicher Entwickelung herangereifte, von dem Sturme der Zeit nur etwas früher abgeschüttelte Frucht unseres civilisirten Zeitalters zu erblicken, und es müßten besondere Gründe geltend gemacht werden können, um schon nach Verfluß weniger Jahre eine Wiedereinführung jener Strafe zu rechtfertigen. Solche Gründe liegen aber nicht vor. Denn, was die Volksansicht betreffe, so werde sie durch einzelne dießfällige Kundgebungen, welchen auch Kundgebungen gegen die Todesstrafe gegenüberstehen, noch nicht bewiesen, sie ruhe zudem auf keiner innerlich berechtigten Grundlage und dürfe für sich allein nicht maßgebend sein. Die Zunahme der Verbrechen in den letzten Jahren sei aber keineswegs als eine Folge der Abschaffung der Todesstrafe dargethan, im Gegentheil liegen andere Ursachen, die in der vorangegangenen politischen Bewegung gründen, sehr nahe und die Zeit seit der Abschaffung der Todesstrafe sei viel zu kurz, um ein Urtheil hierüber zu ermöglichen und auf Grund

Digitized by Google

dessen die Wiedereinführung der Todesstrafe zu rechtfertigen. [19]

Das in gereiztem Tone abgefaßte und in dieser Beziehung nicht zu seinem Vortheil von dem Mehrheitsberichte sich unterscheidende Minderheitserachten (v. Teuffel, Beck, Rothenhöfer) suchte zunächst die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe nachzuweisen, wobei auch der längst als unstichhaltig nachgewiesene Hegel'sche Satz, [20] daß, wer Gesetz und Recht so schwer verletze, daß er durch seine Handlung dasselbe eigentlich für aufgehoben erkläre, selbst auch keinen Anspruch mehr auf ein Recht, nicht einmal auf das Leben habe, zur Begründung der Todesstrafe angeführt wird. Weiter wird sodann die Unentbehrlichkeit der Todesstrafe, als des wirksamsten Abschreckungsmittels, nachzuweisen gesucht — denn Abschreckung sei der Hauptzweck der Strafe — und das tiefe Bedauern ausgesprochen, daß der sittliche Zustand des Volkes noch nicht von der Art sei, um die Todesstrafe entbehren zu können. Ihre Abschaffung durch die deutsche Nationalversammlung, deren Votum für durchaus bedeutungslos erklärt wird, [21] sei daher ein Fehler gewesen, der jetzt wieder gut gemacht werden müsse. [22]

---

[19] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1851 bis 1852, Beil. Bd, I, S. 827—852.

[20] Vergl. Verh. der Kammer der Abg. von 1851/53 Protokolle Bd. VI, S. 3883. Hegel sagt: „In des Verbrechers als eines Vernünftigen Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß sie durch ein Gesetz bestimmt ist, das er für sich anerkannt hat, unter welches er also als unter sein Recht subsumirt werden darf." Die Konsequenzen dieses Satzes müßten zur Barbarei zurückführen.

[21] Dabei findet sich jedoch das Minderheitserachten, uneingedenk des Satzes: „qui s'excuse s'accuse", veranlaßt, sich gegen die (wie es scheint als möglich gedachte, aber von Niemanden ausgesprochene) Verdächtigung zu verwahren, als sei man kleinlich schon darum wider die Abschaffung der Todesstrafe, weil sie von der Nationalversammlung ausgegangen sei. Verh. der Kammer der Abgeordneten von 1851/52 Beil., Bd. I, S. 854.

[22] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1851 bis 1852 Beil. Bd. I, S. 852—854.

Digitized by Google

Die Berathung in der Kammer der Abgeordneten förderte, so lange Reden auch gehalten wurden, doch wenig Neues zu Tage. Auf eine Untersuchung der Zulässigkeit und Rechtmäßigkeit der Todesstrafe wurde sich von deren Vertheidigern wenig eingelassen. Der Justizminister Frhr. v. Pleſſen behauptete, es lasse sich die Frage vom philosophischen Standpunkte gar nicht entscheiden, vielmehr müsse das Gefühl und das gesunde Urtheil den Ausschlag geben, und der Minister des Innern, Frhr. v. Linden meinte, daß in jeder Menschenbrust ein Gefühl wohne, welches die Todesstrafe für den Mörder verlange. Nur vom christlichen Standpunkte wurde die Frage der Rechtmäßigkeit der Todesstrafe Seitens der evangelischen Prälaten eingehender erörtert und sowohl aus der mosaischen Gesetzgebung, welche die Sühne der durch den Mord auf das Land gelegten Blutschuld durch das Blut des Mörders verlange, als aus einzelnen Aussprüchen im neuen Testament, daß die Obrigkeit das Schwert nicht umsonst trage, und daß, wer das Schwert nehme, durch das Schwert umkommen solle, zu vertheidigen und nachzuweisen gesucht. Stehe aber die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe außer Frage, so handle es sich lediglich darum, ob deren Wiedereinführung für Erhaltung von Recht und Ordnung im Staate nothwendig sei. Dieß aber sei zu bejahen. Es spreche hiefür die in neuerer Zeit eingetretene, vom Ministertische energisch betonte Ueberhandnahme von Verbrechen, insbesondere auch gegen das Leben Anderer, welche sich mit der Abschaffung der Todesstrafe recht wohl in Zusammenhang bringen lasse. Schon die Möglichkeit eines solchen Zusammenhangs müsse aber zur Wiedereinführung der Todesstrafe genügen, da man mit dem Leben Anderer keine Proben anstellen und, wenn Leben gegen Leben stehe, das Leben dessen, der die Existenz des nützlichen und friedlichen Bürgers bedrohe, nicht höher stellen dürfe, als das Leben des Letzteren, ja als die Existenz des Staates selbst. Der Staat sei seinen Angehörigen den äußersten möglichen Schutz schuldig, und dieser bestehe

Digitized by Google

dem Mörder gegenüber in der Todesstrafe. So lange die Todesstrafe bestehe, so lange der Mensch wisse, daß eine That ihn den Kopf koste, werde er vor derselben zurückbeben. Und wenn auch nicht Alle abgeschreckt werden, so könne man doch nie wissen, wie viele Menschen durch die Todesstrafe von Verbrechen abgehalten worden seien. Strenge Gesetze seien ein Riegel, der inwendig mancher Sünde in ihrem Werden begegne, während laxe Gesetze den Verbrechen Vorschub leisten. Nur falsche Humanität und Sentimentalität führe den Kampf gegen die Todesstrafe, welche auch fast in allen übrigen Gesetzgebungen bestehe und von dem Selbsterhaltungstriebe des Volkes gefordert werde. Die größten Gefahren für die öffentliche Sicherheit und das Leben Anderer drohen bei Entbehrung der Todesstrafe und die auf eine Schrecken erregende Weise fortschreitende Ueberfüllung der Strafanstalten steigere die Ausgaben des Staates für diese Anstalten in's Maßlose, was einen Redner der Majorität, allerdings nicht ohne Verwunderung der Kammer, veranlaßte, sogar eine Ausdehnung der Todesstrafe auf weitere, bis jetzt nicht mit solcher bedrohte, Verbrechen in Aussicht zu nehmen. So lange die Zuchthäuser überfüllt und die schwersten Verbrechen an der Tagesordnung seien, so lange der Zustand der Sittlichkeit nicht ein anderer werde, so lange sei der Zustand bei uns nicht so, um die Todesstrafe entbehren zu können. Es sei zu wünschen und zu hoffen, daß die Zeit einst komme, wo die Vollziehung der Todesstrafe so selten geworden sei, daß sie ohne Gefahr für die öffentliche Sicherheit auch von dem Papier vollends verschwinden könne, allein diese Zeit, meinte ein Mitglied der Majorität (v. Teuffel) liege noch in weiter Ferne und der Minister des Innern, Frhr. v. Linden, that sogar den auffallenden Ausspruch, es werde nie gelingen, das große Maß der Schlechtigkeit, das in der Menschheit nun einmal zu finden sei, zu überwinden, und derjenige, welcher sich mit dem Gedanken schmeichle,

Digitized by Google

daß eine Zeit kommen werde, wo man die Todesstrafe entbehren könne, gehe sehr irre. [23]

Die Gegner der Todesstrafe machten im Wesentlichen die bekannten Gründe gegen deren Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit auch jetzt wieder geltend, indem sie insbesondere auf die Abschneidung der Möglichkeit einer Besserung des Verbrechers, auf die unermeßlichen und unergründlichen Folgen dieser Strafe im Verhältniß zum jenseitigen Leben und auf die Unmöglichkeit einer Wiederherstellung im Falle eines Irrthums wiederholt hinwiesen. Gegenüber der Rechtfertigung der Todesstrafe aus den Aussprüchen des alten und neuen Testamentes bemerkte ein Abgeordneter (Schott), daß es ihm von jeher ein Räthsel gewesen sei, wie man im Namen der christlichen Religion die Todesstrafe verlangen könne, und man sollte meinen, es müsse dem Jeder beipflichten. Die mosaische Gesetzgebung, wurde von anderer Seite bemerkt, sei nicht maßgebend, ihre Bestimmungen gelten nur für jene Zeiten und für das israelitische Volk; die alttestamentliche Todesstrafe sei nichts, als die von der Obrigkeit verwaltete Blutrache, welche von dem Christenthum verworfen werde. Die Begründung der Todesstrafe aus dem neuen Testamente sei schwach, künstlich und gesucht, und die Theorie von einer Blutschuld, welche durch den Tod des Verbrechers gesühnt werden müsse, mit dem Wesen und dem ganzen Geiste des Christenthums unvereinbar. Gesetzt auch, bemerkte Prälat v. Mehring, eine oder die andere Stelle der h. Schrift ließe eine Deutung auf die Todesstrafe zu, so müsse man sich sehr hüten, von einer singulären Stelle einen Schluß auf das Ganze zu machen. Der Geist des Christenthums sei gegen die Todesstrafe, denn dieser Geist sei ein Geist erhaltender und nicht zerstörender Gerechtigkeit. Der Abgeordnete Seeger fügte dem bei, daß ihm das

[23] Verh. der Kammer der Abgeordneten von 1851/53 Prot. Bd. VI, S. 3859—3861, 3866, 3870, 3871, 3874—3876, 3877, 3878, 3880—3882, 3885—3888, 3890, 3896, 3900, 3901, 3904, 3905, 3906, 3907, 3908, 3909.

Digitized by Google

strafende Prinzip kein anderes sei, als das Prinzip der Gerechtigkeit, jenes Prinzip der göttlichen Macht und Liebe, welche um der Gerechtigkeit willen und zum Besten des Ungerechten strafe. Aber er könne nicht glauben, daß es irgend eine Missethat, irgend ein Verbrechen gebe, welches so sehr den göttlichen Funken in dem Menschen auslösche, daß die Aufhebung und Sühnung seiner verbrecherischen That nur durch die Tödtung des Verbrechers möglich wäre. — Wie hienach schon die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe bezweifelt wurde, so wurde auch deren Nothwendigkeit in Abrede gezogen. Die in jüngster Zeit eingetretene Vermehrung der Verbrechen stehe in keinem Zusammenhang mit der Aufhebung der Todesstrafe; denn schon vor deren Abschaffung sei die Zahl der Verbrechen im Zunehmen gewesen, und auch aus Ländern, wo die Todesstrafe nie aufgehoben worden, ertöne ganz dieselbe Klage; man höre von schauderhaften Verbrechen, von frechen Mord- und Raubanfällen auch in den Ländern, wo man köpfe. Auch habe sich nicht blos die Zahl der todeswürdigen Verbrechen, sondern auch die Zahl der Verbrechen gegen das Eigenthum, die Brandstiftungen u. s. w. vermehrt, was man doch nicht wohl der Abschaffung der Todesstrafe zuschreiben könne. Dieß beweise, daß der Grund der zeitlichen Vermehrung der Verbrechen wo anders liege. Sie haben ihren Grund theils in der Aufregung und Bewegung der Zeit, indem die Erfahrung lehre, daß Zeiten, welche das Menschengeschlecht in seinen Tiefen aufwühlen, immer auch eine größere Menge von Verbrechen mit sich führen, theils in der, durch die Geschäftsstockung in den Bewegungsjahren und durch die vorangegangenen schlechten Jahrgänge gesteigerten, Armuth. Die Zeit seit der Abschaffung der Todesstrafe in Württemberg sei viel zu kurz, um von Erfahrungen sprechen zu können; anderwärts aber habe man ganz andere Erfahrungen gemacht. So seien in Toskana, so lange die Todesstrafe dort abgeschafft gewesen, in Jahr und Tag nicht so viele todeswürdige Verbrechen begangen worden,

Digitized by Google

als in Rom, wo die Todesstrafe bestanden habe, in Einem Monat. Es sei dieß ein neuer Beweis für den alten Satz, daß die Todesstrafe nicht abschrecke; der abschreckende Eindruck ihrer Androhung werde erfahrungsgemäß durch die Ueberzeugung des Verbrechers, der Strafe zu entgehen, wieder aufgehoben, und der Schutz der bürgerlichen Gesellschaft und des Lebens des Einzelnen durch die Todesstrafe sei daher sehr problematisch. Wolle man die todeswürdigen Verbrechen vermindern, so müsse man die Ursachen derselben beseitigen, durch die Todesstrafe seien die Verbrechen noch niemals vermindert worden. Bildung, Belehrung, Kirche und Schule seien es, welche die Verminderung der Verbrechen herbeiführen müssen. Die Behauptung, daß das Volk die Todesstrafe verlange, werde durch wenige Eingaben einiger Gemeinden, denen noch dazu andere von anderen Gemeinden entgegenstehen, nicht bewiesen. Wenn aber auch eine solche Ansicht im Volke herrschen würde, so wäre dieß nur eine Aufforderung zu besserer Belehrung des Volkes. Es wirke bei dem Gedanken des Volkes an die Wiedereinführung der Todesstrafe viel Vorurtheil, Leidenschaft und Rache. Auch höre man im Volke häufig als Grund für die Todesstrafe, daß man den Verbrecher sonst lebenslang verköstigen müsse. Theilweise beruhe die Ansicht von der Nothwendigkeit der Todesstrafe auf verkehrten religiösen Anschauungen. Alle diese Motive haben keine Berechtigung, von der Gesetzgebung anerkannt zu werden. Diese habe vielmehr die Pflicht, in allen Fragen, insbesondere in denen der Humanität, dem Volke voranzugehen, das Volk nach sich zu erziehen und dasselbe weiser und besser zu machen. Der Zustand der Gesittung des Volkes endlich sei keineswegs von der Art, daß die Todesstrafe unentbehrlich wäre. Wenn die Zeit für ihre Abschaffung jetzt nicht gekommen sei, müsse man verzweifeln, daß dieß je der Fall sein werde. Es seien noch keine 100 Jahre, daß die Tortur noch bestanden. Lange habe die Wissenschaft, haben alle Aufgeklärten gegen die Tortur sich erklärt. Diejenigen, welche sie

Digitized by Google

vertheidigt, haben auch gesagt, was soll aus der Gesellschaft werden, wir sind noch nicht so weit vorgeschritten, um die Tortur entbehren zu können. Endlich sei sie doch abgeschafft worden, ohne daß deßhalb mehr Verbrechen vorgekommen und der Zustand der Gesellschaft ein weniger gesicherter gewesen wäre. Auf dieselbe Weise sei jeder Fortschritt stets aufzuhalten gesucht worden. Die Zukunft aber werde gewiß mit demselben Abscheu auf die Todesstrafe überhaupt zurückblicken, mit dem wir jetzt auf das Viertheilen und Rädern, auf Scheiterhaufen und Tortur zurücksehen.[24]

Wie schon bemerkt, blieb jedoch diese Ansicht in der Abgeordnetenkammer in der Minderheit und die Kammer der Standesherren trat gleichfalls und zwar einstimmig dem Regierungsentwurfe bei. In dem Berichte der Kommission der Kammer der Standesherren (Referent: Obertribunalpräsident von Harpprecht) wird zuerst bemerkt, daß der Beschluß der deutschen Nationalversammlung, wodurch die Todesstrafe aufgehoben worden, unter dem Eindrucke großer politischer Aufregung, in Uebereilung und im Widerspruche mit dem Rechtsgefühle des deutschen Volkes, mit der Geschichte und Erfahrung, mit der Gesetzgebung fast aller civilisirter Staaten gefaßt worden und nicht ohne die nachtheiligsten Einwirkungen auf die öffentliche Sicherheit geblieben sei, derselbe daher nicht als der Ausdruck der wirklichen öffentlichen Meinung in Deutschland betrachtet werden könne. Das Recht des Staates, Strafen, und selbst die schwerste aller Strafen, anzudrohen und zu vollziehen, wird als von der Gesetzgebung aller Zeiten und Völker anerkannt vorausgesetzt, und die Berechtigung zu strafen überhaupt in der, in dem göttlichen Rechte begründeten, Pflicht der Obrigkeit gefunden, die Rechtsordnung im Staate zu erhalten, und durch die Sühnung der Verletzung des

[24] Ebendaselbst S. 3858, 3859, 3861—3866, 3866—3870, 3871—3874, 3876, 3877, 3879, 3880, 3882—3885, 3888, 3889, 3890 bis 3896, 3896—3900, 3901—3904, 3904, 3905, 3906—3907.

Digitized by Google

Gesetzes d. h. durch die Abbüßung der Schuld des Verbrechers das Recht zum lebendigen Bewußtsein des Volkes zu bringen. Mit Recht werde die Frage von der Todesstrafe eine Frage der Civilisation genannt, und es sei möglich, daß mit der Verfeinerung der Civilisation die Volksansicht über die Nothwendigkeit der Todesstrafe sich ändere und in Folge dessen einst eine Zeit kommen könne, in welcher die Todesstrafe aus der Reihe der Strafarten ausscheiden werde. Allein daß die Völker auf diesem Standpunkte noch nicht angelangt seien, erhelle aus der unläugbaren Thatsache, daß die in der jetzigen Gesetzgebung der gebildetsten Nationen sich aussprechende allgemeine Rechtsansicht die Todesstrafe für die einzig mögliche und gerechte Sühnung der schwersten Verbrechen erkläre; daß bei den Berathungen der gesetzgebenden Versammlungen der meisten Staaten die auf Beseitigung der Todesstrafe gerichteten Anträge stets verworfen worden seien und die Mehrzahl der Rechtslehrer sich noch immer gegen eine völlige Aufhebung der Todesstrafe ausspreche. Diese Thatsachen dürfe die Gesetzgebung, deren Beruf es sei, nicht ein willkührliches Recht zu schaffen und den weiteren Entwickelungen der Zukunft vorzugreifen, sondern das in dem Rechtsleben des Volkes aus seiner Gesittung und seinen Bedürfnissen sich entwickelnde Recht zur gesetzlichen Geltung zu erheben, nicht unbeachtet lassen, wenn sie nicht zum Nachtheil des eigenen Staates von der Gesetzgebung anderer auf gleicher Stufe der Bildung stehender Staaten sich isoliren, das Rechtsbewußtsein des Volkes verletzen und den gegründeten Vorwurf auf sich laden wolle, daß sie in ihrem Ernste nachgelassen habe, und ihre Milde als Schwäche sich darstelle, als ein Unrecht gegen die bedrohte Staatsgesellschaft. Die öffentliche Stimme fordere Angesichts der Zunahme der Verbrechen in den letzten Jahren die Wiederherstellung der Todesstrafe, da nur sie als eine gerechte Sühnung der Blutschuld von dem Volke betrachtet werde, und dieß genüge, abgesehen davon, daß ihre abschreckende Wirkung mit

Digitized by Google

Grund sich nicht läugnen lasse, zur Wiedereinführung der Todesstrafe.[25]

Bei der Berathung in der Kammer der Standesherren wurde nur bemerkt, daß die Gesittung des Volkes noch nicht den hohen Grad erreicht habe, um die Todesstrafe für alle Verbrechen entbehren zu können, und demzufolge der Regierungsentwurf, soweit er die Wiedereinführung der Todesstrafe bezweckte, einstimmig angenommen.[26]

Auf diese Weise kam das Gesetz vom 17. Juni 1853 über die Wiedereinführung der Todesstrafe zu Stande, wonach auf Todesstrafe zu erkennen ist:

1) wegen Hochverraths in den Fällen eines Angriffs gegen die Person des Königs oder Reichsverwesers, wenn der Angriff dahin abzielt, den Regenten zu tödten, gefangen zu nehmen, in Feindes Gewalt zu liefern oder demselben auf irgend eine Weise die Ausübung der Regierung unmöglich zu machen;

2) wegen mit Vorbedacht zugefügter körperlicher Mißhandlung des Königs oder Reichsverwesers;

3) wegen Mords.[27]

Durch die K. Verordnung vom 1. Oktober 1853 §. 1 wurde bestimmt, daß die Vollziehung der Todesstrafe durch Enthauptung mittelst des Fallbeils geschehen solle.

Ueber ein Jahrzehent ruhte nun die so hochwichtige Frage wieder, bis sie im Februar 1865, veranlaßt durch eine Petition einer Anzahl von Einwohnern der Stadt Ludwigsburg um Abschaffung der Todesstrafe und insbesondere durch eine im Januar 1864 von dem Abgeordneten Becher eingebrachte Motion auf's Neue ein Gegenstand eingehender Verhandlungen in der Kammer der Abgeordneten wurde. In der Sitzung vom 4. März 1864 ent-

[25] Verh. der Kammer der Standesherren von 1851/54 Beil.-Bd. III, S. 709—712.

[26] Verh. der Kammer der Standesherren von 1851/54 Prot. Bd. III, S. 905, 906.

[27] Regierungsblatt von 1853 S. 170a ff.

Digitized by Google

wickelte Becher in längerem Vortrage die Gründe seiner Motion, indem er im Eingange das Ungenügende der für die Richtigkeit eines Todesurtheils gegebenen Garantieen betonte und auf den bedenklichen Umstand hinwies, daß bei der absoluten Androhung der Todesstrafe der Schwerpunkt in das Begnadigungsrecht gelegt sei. Im weiteren Verlaufe wird sodann die Unstichhaltigkeit der Gründe nachzuweisen gesucht, welche im Jahr 1853 zur Wiedereinführung der Todesstrafe geführt haben. Mit vollem Rechte wird der damals aus der vorübergehenden Vermehrung der Verbrechen entnommene Grund als unstichhaltig bezeichnet und auf die Erfahrungen in andern Ländern hingewiesen, aus denen sich die Einflußlosigkeit der Abschaffung und Wiedereinführung der Todesstrafe auf die Vermehrung oder Verminderung der todeswürdigen Verbrechen ergebe. Der Volksstimme, soweit sie wirklich die Todesstrafe fordere, wird die Berechtigung abgesprochen, da sie großentheils auf der in dem Christenthum nicht begründeten Anschauung beruhe, daß die geoffenbarte Religion die Todesstrafe verlange. Weiter wird angedeutet, daß der politische Umschlag nach den Bewegungsjahren an der Wiedereinführung der von der deutschen Nationalversammlung abgeschafften Todesstrafe in den meisten deutschen Staaten offenbaren Antheil gehabt habe,[28] während das politische Moment aus dieser Frage ganz zu verbannen sei. Gegen die Todesstrafe spreche insbesondere, daß sie die nachhaltige Besserung des Verbrechers verhindere und das Gutmachen eines Irrthums ausschließe. Sie sei aber zudem auch entbehrlich; denn die Erfahrung lehre, daß sie noch niemals abgeschreckt habe und Verminderung der Verbrechen durch ihre Androhung und

[28] Es wird hiefür das Urtheil Mittermaier's angeführt: „Unter dem Eindruck der leidenschaftlich erregten Furcht vor Wiederholung der politischen Bewegung, unter Einwirkung der Ansicht, daß jetzt abschreckende Strenge unentbehrlich sei, geleitet von dem blinden Streben der Zerstörung aller Erzeugnisse des Jahres 1848, wurde die Todesstrafe wieder eingeführt."

Digitized by Google

Vollziehung nicht bewirkt werde. Eine leere Behauptung sei es, daß das Volk für Abschaffung der Todesstrafe noch nicht reif sei; die Erfahrungen in Nassau, in Oldenburg und in Toskana beweisen das Gegentheil.[29]

Die Motion wurde der Justizgesetzgebungskommission zugewiesen. Ehe deren Bericht zur Berathung in der Kammer der Abgeordneten kam, sah sich jedoch der Abgeordnete Wächter, ein vorzugsweise aus religiösen Anschauungen prinzipieller Anhänger der Todesstrafe, veranlaßt, Gleichgesinnte durch Zusendung von zu unterzeichnenden Adreßformularien zu Kundgebungen für die Todesstrafe aufzufordern,[30] welche Agitation zur Folge hatte, daß über 260 Petitionen aus verschiedenen meist evangelischen Gemeinden gegen die Abschaffung der Todesstrafe bei der Kammer einliefen, für deren Charakteristik jedoch die Thatsache von Bedeutung ist, daß viele derselben von den Pfarrgemeinderäthen unterzeichnet sind und bei noch mehreren die evangelischen Geistlichen an der Spitze der Unterzeichner stehen. Für Abschaffung der Todesstrafe kamen nur etwa 30 Petitionen bei der Kammer ein; übrigens enthielten diese verhältnißmäßig wenige Petitionen kaum weniger Unterschriften, als die Petitionen für Beibehaltung der Todesstrafe zusammengenommen.[31] Die Justizgesetzgebungskommission (Berichterstatter: Römer) stellte in ihrer Mehrheit (Fetzer, v. Hierlinger, Hölder, Mittnacht, Oesterlen, Probst, Römer, v. Wiest) gegen die eine Stimme des Freiherrn v. Ow den Antrag, an die K. Staatsregierung die Bitte zu stellen, einen Gesetzesentwurf zu Abschaffung der Todesstrafe einzubringen, wobei in dem Berichte hauptsächlich angeführt wurde, daß der Beweis der Nothwendigkeit der Todesstrafe von deren Vertheidigern zu führen,

[29] Verh. der Kammer der Abg. von 1862/64 Prot. Bd. II, S. 1473—1481.

[30] Verh. der Kammer der Abg. von 1862/65 Prot. Bd. III, S. 2349.

[31] Vergl. ebendaselbst S. 2339.

Digitized by Google

aber nicht geführt sei und für Württemberg nicht geführt werden könne, da das Verbrechen des Mordes seit der Wiedereinführung der Todesstrafe sich nicht vermindert habe.[32]

Die Verhandlung in der Kammer der Abgeordneten erfolgte am 13. und 14. Februar 1865. Die Vertheidiger der Todesstrafe, unter welchen Kanzler von Geßler und O. Wächter, als Juristen von Bedeutung, sodann die evangel. Prälaten v. Dettinger, v. Hauber, v. Moser und v. Sigel, ferner Mohl, der seine Ueberzeugung zum zweiten Male gewechselt,[33] sowie v. Goppelt, der einstige Märzminister, hervorzuheben sind, kamen auch jetzt wieder im Wesentlichen auf die oft geltend gemachten Gründe zurück, wobei die Rede Geßlers wohl als die bedeutendste wird bezeichnet werden dürfen. Betont wurde zunächst, daß man sich in dieser wichtigen Frage vor einem Wechsel der Gesetzgebung, welcher das Rechtsbewußtsein leicht irre mache, hüten und daran festhalten müsse, daß dieser Wechsel die überwiegendsten und gewichtigsten Gründe für sich haben müßte, wenn er wirklich zum Vollzug kommen sollte (Wächter, v. Geßler).[34] Solche überwiegende Gründe liegen aber nicht vor. Die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe werde

[32] Verh. der Kammer der Abg. von 1862/65 Beil. Bd. I, Abthlg. 3, S. 2262—2266.

[33] Mohl führte an, daß er in der Nationalversammlung gegen die Abschaffung der Todesstrafe gestimmt und im Jahr 1853 nur aus Achtung vor den Grundrechten gegen deren Wiedereinführung sich ausgesprochen habe. Verhandl. der Kammer der Abg. von 1862/65 Prot. Bd. III, S. 2352. Römer wies jedoch aus den Verhandlungen von 1853 nach, daß Mohl damals selbst erklärt habe, daß er in Folge einer inneren Wandlung seiner Ueberzeugung gegen die Wiedereinführung der Todesstrafe stimme. Ebendaselbst S. 2354. Jetzt im Jahre 1865 stimmte Mohl, wie es scheint in Folge abermaligen Ueberzeugungswechsels, wiederum für die Todesstrafe.

[34] Verh. der Kammer der Abg. von 1862/65 Prot. Bd. III, S. 2346, 2362.

Digitized by Google

ohne stichhaltige Gründe angezweifelt. v. Geßler, welchem das Prinzip der Strafe objektive Genugthuung nach dem Werthe ist, folgert hieraus in Beziehung auf solche Verbrechen, durch welche sich der Verbrecher als absoluter Gegner der Rechtsordnung zu erkennen gebe, das Recht des Staates, als Vertreters der Rechtsordnung, zur Vernichtung des Verbrechers zu schreiten, will jedoch dieses Recht auf die schwersten Fälle des Mordes beschränkt wissen und verlangt daher Ausscheidrng besonderer Fälle des Mordes und Ermächtigung des Richters, bei überwiegend mildernden Umständen von der Todesstrafe abzugehen.[35] Wächter und die evangelischen Prälaten v. Oettinger, v. Hauber und v. Moser finden das Recht der Obrigkeit, den Mörder am Leben zu strafen, in den Aussprüchen des alten und neuen Testamentes begründet, wobei sie sich auf Aeußerungen von Paulus und von Christus selbst berufen, und Wächter, sowie Prälat v. Oettinger, welche die Sühne des Verbrechens als den eigentlichen Zweck der Strafe erkennen, meinen, daß das Verbrechen des Mordes nach den Aussprüchen der h. Schrift nur durch Blut gesühnt werden könne.[36] Mohl aber, der die Abschreckungs-

[35] Ebendaselbst S. 2362, 2363.

[36] Ebendaselbst S. 2347, 2350, 2370, 2371, 2377, 2378. — Der obigen Ansicht gegenüber wird die Frage erlaubt sein, ob denn die Bibel als ein Strafkodex für Verbrechen betrachtet werden darf, ob vom religiösen Standpunkte die unerlaubten Handlungen der Menschen überhaupt als bürgerliche Verbrechen, als Verstöße gegen menschliche Satzungen, und nicht vielmehr nur als Sünden, als Verstöße gegen Gottes Gebote, in Betracht kommen, und ob denn irgendwo für Sünden bestimmte äußere Strafen von Gott angedroht sind und nicht vielmehr der göttlichen Weltordnung zu Folge jede Sünde ihre Strafe in sich selbst trägt? Sollte es vom christlichen Standpunkte denkbar sein, daß eine Sünde lediglich durch Erduldung irgend einer äußerlichen Strafe gesühnt werden könne, besteht die Sühne im christlichen Sinne nicht vielmehr in der wahren, inneren Reue und in deren Bethätigung durch ein entsprechendes Leben? Ist die Strafe des weltlichen Richters nicht blos die Sühne der Gesellschaft, dem Staate, gegenüber, und er-

Digitized by Google

theorie vertheidigt, ist der Ansicht, daß es Menschen gebe, die nicht besser, als wilde Bestien seien, gegen welche nur die Todesstrafe Schutz gewähre.[37] Mit Unrecht werde die abschreckende Wirkung der Todesstrafe geläugnet, von allen Völkern sei sie von jeher als abschreckend anerkannt worden, und sie sei gerechtfertigt, wenn diese Wirkung auch nur in wenigen Fällen zutreffe und nur einem Menschen das Leben dadurch erhalten werde (v. Geßler, v. Ow, Wächter, Mäulen).[38] Die Besserung des Verbrechers werde durch die Todesstrafe nicht abgeschnitten, sie könne im Gegentheil zur Reue und Bekehrung führen (v. Oettinger, Mohl, Wächter). Es gebe, bemerkte letzterer, Beispiele genug von Mördern, welche vor der Hinrichtung in sich gegangen und mit versöhntem, gründlich umgewandeltem Sinne und Herzen zum Tod gegangen seien,[39] während man in den Zuchthäusern Viele finden könne, welche unter dem Drucke der ungesühnten Blutschuld in einen jammervollen Zustand des Leibes und der Seele versunken seien. Aehnliches wurde auch von Mohl geäußert.[40] Gegen die Möglichkeit eines

fordert die Sühne im christlichen Sinne nicht die innere Umkehr des Sünders, wahre Reue und werkthätige Besserung desselben? Ist aber dieß zu bejahen, wie sollte denn der Tod des Mörders durch Henkers Hand, als etwas rein Aeußerliches, zur Sühne des Mordes vom christlichen Standpunkte aus dienen können? Der Geist des Christenthums und seiner Lehren, sollte man meinen, müsse zu ganz anderen Anschauungen und Konsequenzen führen.

[37] Ebendaselbst S. 2352, 2353.

[38] Ebendaselbst S. 2363, 2365, 2347, 2356.

[39] Wächter erzählt von einem Raubmörder, der vor seiner Hinrichtung erklärt habe, er ziehe seine Hinrichtung selbst der Freiheit vor, weil er nun gewiß sei, selig zu sterben, während er bei einer Rückkehr in die Welt sich selbst nicht trauen würde. Verh. der Kammer der Abg. von 1862/65 Prot. Bd. III, S. 2347. Ob man hier von wahrer Reue und Besserung sprechen kann, während solche der Verbrecher selbst bethätigen zu können bezweifelt, und ob eine derartige augenblickliche Gemüthsstimmung einen inneren Werth hat, dürfte sich doch sehr bezweifeln lassen.

[40] Verh. der Kammer der Abg. von 1862/65 Prot. Bd. III, S. 2347, 2353, 2379.

Digitized by Google

Justizmordes, meint Wächter, gewähre das Verfahren vor Geschworenen, sowie das mit höchster Vorsicht und Prüfung ausgeübte Begnadigungsrecht genügende Garantieen, und wäre je ein Justizmord möglich, so stehe die Rücksicht auf das Leben eines Ermordeten, das vielleicht erhalten worden wäre, wenn dem Verbrecher die Todesstrafe gedroht hätte, ebenso hoch, wie die denkbare, aber entfernte, Möglichkeit eines Justizmordes.[41] Auch Mohl und Mäulen glaubten sich bei den gegebenen Garantieen, welche einen Justizmord kaum denkbar erscheinen lassen, beruhigen zu können, während v. Geßler und v. Ow weitere Garantieen gegen mögliche Irrthümer der Geschworenen verlangten und Nickel der Ansicht ist, daß die Verurtheilung eines Unschuldigen zum Zuchthaus so schlimm sei, als seine Verurtheilung zum Tode.[42] Es existire, bemerkte noch Wächter, eine Uebereinstimmung aller civilisirten Völker, eingepflanzt in das allgemeine sittliche Völkerbewußtsein, für die Todesstrafe, wie denn auch fast in allen civilisirten Staaten die Todesstrafe bestehe. Daß die Volksstimme in Württemberg für die Todesstrafe sei, beweisen die vielen eingekommenen Petitionen, und, daß diese vielfach auf religiösen Anschauungen beruhen, sei kein Grund, solche für unberechtigt zu erklären.[43] Wiederholt wird endlich, daß das Volk noch lange nicht auf dem Standpunkte der Gesittung angekommen sei, welcher die Abschaffung der Todesstrafe erlauben würde.[44]

Der Chef des Justizdepartements, Freiherr v. Neurath, stellte sich gleichfalls auf die Seite der Vertheidiger der Todesstrafe. Der Staat könne seine Pflicht, den Rechtszustand, die Rechte seiner Angehörigen und namentlich auch die Existenz derselben zu schützen, nicht erfüllen, ohne Strafen gegen die Verletzung jener Rechte anzudrohen. Der Staat habe daher auch das Recht zur Androhung der

[41] Ebendaselbst S. 2347, 2348.
[42] Ebendaselbst S. 2353, 2356, 2364, 2368.
[43] Ebendaselbst S. 2348; vergl. S. 2359.
[44] Ebendaselbst S. 2346, 2368, 2370.

Digitized by Google

Todesstrafe, wenn die Verletzung des Rechtes zu ihr im Verhältniß stehe, und wenn durch gelindere Mittel der Rechtszustand in Beziehung auf die in Frage stehenden Verbrechen nicht gesichert werden könne. Ersteres, die Verhältnißmäßigkeit der Todesstrafe zum Morde, lasse sich nicht bestreiten. Nothwendig aber sei die Todesstrafe, weil nur sie geeignet sei, von der Verübung des schwersten Verbrechens abzuhalten. Zwar sei zuzugeben, daß auf die Zu- und Abnahme der Verbrechen auch noch viele andere Faktoren einwirken und man daher auf Zahlen ein allzugroßes Gewicht nicht legen könne;[45] im allgemeinen aber lasse sich die abschreckende Wirkung der Todesstrafe, welche von der großen Mehrzahl des Volkes als die schwerste Strafe betrachtet werde, nicht läugnen, und wenn dadurch nur Ein Unschuldiger vor dem Mörderstahl bewahrt werde, genüge dieß, die Nothwendigkeit der Todesstrafe zu begründen und es würde die Regierung durch deren Abschaffung eine schwere Verantwortung auf sich laden. Die Möglichkeit der Verurtheilung und Hinrichtung eines Unschuldigen könne nicht zur Abschaffung der Todesstrafe, sondern nur zur Schaffung weiterer Garantieen für die Richtigkeit des Urtheils führen, in welcher Beziehung das jetzige Verfahren allerdings Mängel habe.[46] Endlich sei in dieser Frage die öffentliche Meinung von bedeutendem Gewichte und diese sei bis jetzt für, nicht gegen die Todesstrafe.[47]

---

[45] Nach den Angaben des Ministers kamen in den Jahren 1843/49, wo die Todesstrafe in Württemberg bestand, auf das Jahr durchschnittlich drei Fälle von Mord und Mordversuchen, in den Jahren 1849/53, während die Todesstrafe abgeschafft war, auf das Jahr elf Fälle, in den Jahren 1853/64 seit Wiedereinführung der Todesstrafe auf das Jahr fünf Fälle.

[46] Der Minister meinte, daß das frühere Verfahren mehr Garantieen gewährt habe, als das jetzige vor den Geschworenen (Verh. d. K. d. A. von 1862/65 Prot. Bd. III, S. 2373), welcher Ansicht aber Römer entschieden entgegentrat (ebendaselbst S. 2376).

[47] Verh. der Kammer der Abg. von 1862/65 Prot. Bd. III, S. 2371 ff.

Von den Gegnern der Todesstrafe wurden diesen Ausführungen gegenüber im Wesentlichen zwar meist die alten Gründe in das Treffen geführt; nichts desto weniger verdienen einzelne Reden, so insbesondere der Abgeordneten Römer, Becher und Mittnacht, sowie des Prälaten v. Mehring vorzügliche Beachtung. Eine besondere Bedeutung hat das Votum des Abgeordneten Mittnacht, dessen auf eigene Anschauungen gegründete treffliche Rede auch in der Kammer großen Eindruck gemacht hat,[48] noch dadurch, daß derselbe inzwischen Chef des Justizdepartements geworden und ihm daher nunmehr die Aufgabe zugefallen ist, der Kammer auf den Antrag zu antworten, zu welchem er als Abgeordneter selbst mitgewirkt hat. — Der Warnung vor einem abermaligen Wechsel der Gesetzgebung wurde die übereilte Wiedereinführung der Todesstrafe nach einem Zeitraum von nur drei Jahren entgegen gehalten, welche Römer lediglich als eine Konsequenz der nach den Bewegungsjahren über Deutschland hereingebrochenen Reaktion bezeichnete.[49] Sodann wurden gegen die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe an sich die bekannten Bedenken wiederholt, es wurde die Todesstrafe als ein über die Befugnisse des Staates hinausgehender Eingriff in die göttliche Weltordnung bezeichnet (v. Mathes, v. Mehring),[50] es wurde gesagt, sie stehe im Widerspruch mit dem Begriffe der Strafe als einer Bezwingung des in der verbrecherischen That zur Manifestation gekommenen verbrecherischen Willens, zu welchem Zwecke es der Todesstrafe nur dann bedürfte, wenn man annehme, daß es Verbrechen gebe, welche den Willen als einen unheilbar bösen, als einen absolut verbrecherischen erscheinen lassen, während schon die größten und verstocktesten Verbrecher sich gebessert haben (Römer, Becher).[51] Von anderer Seite wurde die Unwiderruflichkeit der Todes-

[48] Ebendaselbst S. 2364, 2387, 2388.
[49] Ebendaselbst S. 2376 vergl. auch S. 3251.
[50] Ebendaselbst S. 2381, 2387.
[51] Ebendaselbst S. 2337, 2338, 2340, 2384, 2388.

Digitized by Google

ſtrafe, die Unmöglichkeit der Wiederherſtellung im Falle eines bei der beſchränkten menſchlichen Einſicht trotz aller Garantieen ſtets möglichen Irrthums als Hauptargument gegen die Todesſtrafe geltend gemacht, und darauf hingewieſen, daß durch die Verurtheilung und Hinrichtung eines Unſchuldigen die Rechtsidee des Staates in weit gröberer Weiſe geſtört würde, als in Folge eines Mordes durch einen Dritten (Römer, Becher, v. Binder, v. Hierlinger).[52] Weiter wurde die Untheilbarkeit der Todesſtrafe und die daraus ſich ergebenden ſchweren Bedenken hervorgehoben, da bei der abſoluten Androhung der Todesſtrafe für den Mord die verſchiedenſten Grade der Schuld dem Henkerbeile verfallen und als einzige Abhilfe hiegegen das Begnadigungsrecht diene, in welches hiedurch in höchſt bedenklicher Weiſe der Schwerpunkt verlegt werde. Eine Abhilfe dieſes Mißſtandes durch die Geſetzgebung erſcheine als unthunlich, denn die vorgeſchlagenen Mittel, alternative Androhung der Todesſtrafe, Auswahl beſtimmter Kategorieen des Mordes, Ermächtigung des Richters, bei mildernden Umſtänden unter die Todesſtrafe herabzugehen, ſeien nicht ausführbar (Becher, Zeller).[53] Gegen die Todesſtrafe wurde ferner geltend gemacht, daß durch dieſelbe dem Geiſte des Chriſtenthums zuwider dem Verbrecher die Zeit zur Sühne durch Reue und werkthätige Beſſerung abgeſchnitten werde (v. Mathes, Dinkelaker)[54] und endlich bemerkt, daß der Anblick einer Hinrichtung nicht ſowohl das Gefühl, daß hier ein Verbrechen geſühnt, ſondern vielmehr das einer Schlächterei unwillkührlich erwecke (Bayrhammer).[55] Mittnacht begründete ſein Votum gegen die Todesſtrafe vorzugsweiſe durch die Mittheilung ſeiner Erfahrungen als Staatsanwalt, indem er an drei Fällen die Trüglichkeit des Anzeigebeweiſes, das Bedenkliche des Er-

[52] Ebendaſelb7 S. 2340, 2341, 2351, 2352, 2385, 2389.
[53] Ebendaſelbſt S. 2342, 2343, 2385, 2369.
[54] Ebendaſelbſt S. 2360, 2387.
[55] Ebendaſelbſt S. 2355.

Digitized by Google

pertenbeweises, die Schwierigkeit einer richtigen Auffassung durch die Geschworenen, wo es sich um die feine Grenze von Mord und Todschlag handle, und die Abhängigkeit des Urtheils von der größeren oder geringeren Gewandtheit des Vertheidigers zu zeigen suchte. In einem Falle hatte der Redner die Angeklagte wenn auch nicht für eigentlich unzurechnungsfähig gehalten, so doch im Hinblick auf die geringe geistige Begabung, die verwahrloste Erziehung, die frühe Verführung und die körperlichen Umstände der Person geglaubt, daß das Todesurtheil nicht vollzogen werde. Da dieß dennoch geschehen, so gewähre auch das Begnadigungsrecht keine Beruhigung. Die Hinrichtung selbst aber habe auf den Redner den Eindruck gemacht: „hier wird nicht mehr gestraft, hier wird einfach vernichtet.“ [56] — Die Unentbehrlichkeit der Todesstrafe für die Sicherung der Rechtsordnung wurde entschieden geläugnet; die Unrichtigkeit der Abschreckungstheorie sei längst anerkannt und die Erfahrung zeige, daß die Todesstrafe nicht abschrecke. Jeder Verbrecher, auch der Mörder, getröste sich mit der Hoffnung, unentdeckt zu bleiben oder sonst sich durchzubringen, und seine letzte Aussicht sei Begnadigung, welche ja doch in den meisten Fällen eintrete. Durch strenge Strafen werde die Zahl der Verbrechen nicht vermindert, wie umgekehrt, obgleich der Kreis der mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen immer mehr eingeengt worden sei, die Zahl derjenigen Verbrechen, welche früher mit Todesstrafe bedroht gewesen, sich doch nicht vermehrt habe, und dieselbe Erfahrung habe man in den Ländern gemacht, wo die Todesstrafe gänzlich abgeschafft sei (Bayrhammer, Becher, v. Binder, v. Hierlinger, Kausler, Mehring, Mittnacht, Römer, Zeller). [57] — Die religiösen Bedenken gegen die Abschaffung der Todesstrafe seien nicht gerechtfertigt, und die Stellen der h. Schrift, welche die Todesstrafe als absolutes göttliches

[56] Ebendaselbst S. 2356 ff.

[57] Ebendaselbst S. 2338 f., 2341, 2342, 2352, 2355, 2358, 2367, 2369, 2379, 2388.

Digitized by Google

Gebot nachweisen sollen, seien anders auszulegen. Dieß zeigte insbesondere Prälat v. Mehring in geistreicher Rede, indem er den Unterschied zwischen dem alten und neuen Testamente hervorhob und, unter Berufung auf Schleiermacher und den strenggläubigen Hengstenberg, nachwies, daß die fraglichen Stellen des neuen Testamentes [58] dasjenige nicht beweisen, was daraus gefolgert werden wolle, abgesehen davon, daß es schon an sich sehr mißlich sei, auf einzelne Stellen ein ganzes Prinzip zu gründen, zumal wenn, wie hier, der ganze Geist dagegen spreche. Klar und logisch ist die Auslegung, welche den Schriftstellen gegeben wird, trefflich und von wahrem christlichem Geiste durchweht die Ausführung, daß der Geist des Christenthums gegen die Todesstrafe sei. „Mit dem Evangelium in der Hand," ruft Mehring aus, „wird man nimmermehr für die Todesstrafe eintreten können, es wäre das nach meiner Ueberzeugung ein Frevel." [59] Im Anschlusse an Mehring bemerkte Prälat v. Binder gewiß mit vollem Rechte, daß die Frage der Todesstrafe überhaupt keine theologische sei und es sich bei ihr weder um ein Gebot der christlichen Ethik, noch um einen Artikel unseres christlichen Glaubens handle. So wenig sich das Christenthum mit der Lehre von der besten Staatsverfassung zu thun mache, so wenig spreche es sich präceptiv über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Todesstrafe aus, sondern überlasse diesen Gegenstand wie billig der bürgerlichen Gesetzgebung. Halte man hieran fest, so werde man vor einer groben Verwirrung der Begriffe, die sich an diese Frage gehängt, und vor

[58] Römer 13, 4: „Thust Du Böses, so fürchte Dich, denn die Obrigkeit trägt das Schwert nicht umsonst, sie ist Gottes Dienerin, eine Rächerin zur Strafe über den, der Böses thut." Ev. Matthäi 26, 52: „Da sprach Jesus zu ihm: Stecke Dein Schwert an seinen Ort; denn wer das Schwert nimmt, der soll durch's Schwert umkommen."

[59] Verh. der Kammer der Abg. von 1862/65 Prot. Bd. III, S. 2384.

Digitized by Google

einer groben Vermengung ganz verschiedenartiger Standpunkte bewahrt bleiben.[60] — Eine solche Begriffsverwirrung zeige sich in den bei der Kammer eingekommenen Petitionen für die Todesstrafe, welche in ihrer Mehrheit auf der irrigen religiösen Anschauung beruhen, daß die Todesstrafe als ein absolutes göttliches Gebot unantastbar sei. Daß diese Ansicht den meisten Petitionen zu Grunde liege, erhelle aus der Art und Weise, wie sie zu Stande gekommen seien,[61] wobei Römer und Zeller, und gewiß mit vollem Rechte, ihr lebhaftes Bedauern aussprachen, daß ein Theil der evangelischen Geistlichkeit sich an die Spitze der Agitation für Beibehaltung der Todesstrafe gestellt habe, was weder mit dem Geiste des Christenthums, noch mit der Stellung eines Geistlichen vereinbar erscheine.[62] Im Hinblick hierauf könne auch den Petitionen eine entscheidende Bedeutung nicht beigelegt werden, denn, wie hoch auch die Volksstimme sonst anzuschlagen sei, so komme es bei solcher doch wesentlich auf ihre Motive an und nur diese können für die Bedeutung der Volksstimme entscheiden.[63] Zudem dürfe bezweifelt werden, daß

---

[60] Ebendaselbst S. 2388.

[61] Ebendaselbst S. 2339, 2345, 2351, 2370.

[62] Ebendaselbst S. 2339, 2369, 2370. Ein evangelischer Pfarrer erklärte in einem öffentlichen Blatte: „Der Streit für und wider die Todesstrafe ist eine Frage des Bekenntnisses, nicht der Bildung. Denn die große Mehrzahl von Denen, welche die Todesstrafe fordern, thut dieß im Gehorsam gegen das Wort Gottes.“ Achtung vor jeder fremden, wenn auch unbegreiflichen, Ueberzeugung. Aber sie kann das Bedauern nicht hindern, daß jene Ueberzeugung einem Geistlichen ermöglicht, im Namen der christlichen Religion den Tod des Sünders zu fordern und die Nothwendigkeit der Sühne des Mordes durch das Blut des Mörders zu einem christlichen Glaubenssatze zu stempeln. Vergl. auch allg. deutsche Strafrechtszeitung Jahrg. VI, S. 74.

[63] Bayrhammer erzählte, daß ein Bauer sich für Beibehaltung der Todesstrafe nur deßhalb ausgesprochen habe, weil man für ein so theures Instrument, wie das Fallbeil, das Geld nicht umsonst ausgegeben haben sollte. Verh. der Kammer der Abg. von 1862/65 Prot. Bd. III, S. 2356.

Digitized by Google

das Volk so fest an der Todesstrafe hänge, daß die Gesetzgebung deren Abschaffung nicht sollte wagen dürfen, zumal auch Kundgebungen aus dem Volke gegen die Todesstrafe vorliegen und mit diesen die gewichtigen Aussprüche der deutschen Nationalversammlung im Jahre 1848 und des deutschen Juristentages im Jahre 1863 übereinstimmen. Der Gesetzgeber habe in dieser höchsten Frage der Civilisation voranzugehen und die öffentliche Meinung werde ihm folgen.[64] — Wenn fortwährend gesagt werde, daß das Volk zur Abschaffung der Todesstrafe noch nicht reif sei, so sei dagegen zu erinnern, daß man durch grausame Strafen ein Volk nicht reif mache. Durch die Todesstrafe werde die sittliche Bildung eines Volkes nicht befördert, hiefür müsse und könne nur durch angemessene Volkserziehung gesorgt werden (v. Mehring, Becher).[65] Uebrigens seien die moralischen, religiösen und socialen Verhältnisse keineswegs von der Art, um die Beibehaltung der Todesstrafe als eine Nothwendigkeit erkennen zu lassen (Bayrhammer, v. Hierlinger).[66] „Die Todesstrafe," erklärte Mittnacht, „ist zu verwerfen, sobald sie nach den Zeitverhältnissen, nach der Kulturstufe und den Rechtsanschauungen eines Volkes entbehrlich ist. Ich halte die Todesstrafe dermalen für entbehrlich in Württemberg, in Deutschland."[67]

Diese Ansicht siegte; mit 56 gegen 27 Stimmen wurde von der Kammer der Abgeordneten beschlossen, an die K. Staatsregierung die Bitte zu stellen, einen Gesetzesentwurf zu Abschaffung der Todesstrafe einzubringen. Dafür stimmten insbesondere zwei Mitglieder der ritterschaftlichen Bank, Frhr. v. Gemmingen und v. Schad, die zwei evangel. Prälaten v. Mehring und v. Binder, der katholische Geistliche, Prof. Mack, sodann eine ganze Reihe von

[64] Ebendaselbst S. 2340, 2345, 2351.
[65] Ebendaselbst S. 2380, 2386.
[66] Ebendaselbst S. 2351, 2355.
[67] Ebendaselbst S. 2358.

Digitized by Google

tüchtigen Juristen, die Abgeordneten Becher, v. Hierlinger, Hölder, Mittnacht, Oesterlen, Probst, Römer, Sarwey, A. Seeger, Tafel, v. Wiest u. A. Unter den Gegnern des Antrags befanden sich die übrigen Mitglieder der ritterschaftlichen Bank, die evangelischen Prälaten v. Moser, v. Hauber, v. Dettinger und v. Sigel, die zwei Juristen Kanzler v. Geßler und O. Wächter, ferner Mohl, v. Goppelt und Andere. Zehn Mitglieder der Minorität erklärten übrigens, daß sie dem Antrage auf Wiederaufhebung der Todesstrafe in der Voraussetzung nicht beigetreten seien, daß behufs Sicherstellung der Entscheidung über todeswürdige Verbrechen weitere gesetzliche Einrichtungen getroffen werden. Zugleich erklärten sie sich für möglichste Beschränkung der Todesstrafe auf schwere Fälle des Mordes. [68]

Am 14. Febr. 1865 wurde die Bitte um einen Gesetzesentwurf zu Abschaffung der Todesstrafe der K. Staatsregierung vorgelegt und an demselben Tage die Kammer der Standesherren hievon benachrichtigt. [69] Von letzterer wurde diese Mittheilung am 23. Febr. 1865 einfach zu den Akten gelegt. [70]

Der Chef des Justizdepartements, Frhr. v. Neurath, hatte sich, wie oben erwähnt, schon bei den Verhandlungen in der Abgeordnetenkammer gegen die Abschaffung der Todesstrafe ausgesprochen. In Uebereinstimmung hiemit erklärte derselbe auch auf eine Anfrage der englischen Regierung, daß die württembergische Regierung auf den Antrag der zweiten Kammer nicht eingehen werde. Es wird dieß von Mittermaier getadelt, indem er bezweifelt, „ob eine solche (eigentlich einseitige, aber die englische Regierung irre leitende)

---

[68] Ebendaselbst S. 2390.

[69] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1862/65 Beil. Bd. I, Abth. 3, S. 2280.

[70] Verhandlungen der Kammer der Standesherren von 1862 bis 1865, Prot. Bd. II, S. 303.

Digitized by Google

Erklärung ſtaatsmänniſch und mit der Stellung eines konſtitutionellen Miniſteriums vereinbar geweſen." [71]

Inzwiſchen wurde in Folge der von der Abgeordnetenkammer eingereichten Petition ein Mitglied des oberſten Gerichtes, Obertribunalrath Beyerle, mit Erſtattung eines Gutachtens über die wichtige Frage von dem K. Juſtizminiſterium beauftragt. Dieſes Gutachten, welches im Reſultate darauf hinausgeht, wenigſtens vorerſt Alles beim Alten zu laſſen, und ſomit dem Kammerbeſchluſſe keine Folge zu geben, wurde im Februar d. J. mit Rückſicht auf das der Frage zugewendete allgemeine Intereſſe von dem K. Juſtizminiſterium, welchem damals noch Frhr. v. Neurath vorſtand, der Oeffentlichkeit übergeben und es iſt dieß die im Eingange näher bezeichnete Schrift.

Man kann mit Mittermaier [72] bezweifeln, ob es zweckmäßig war, dem von einer ſo bedeutenden Mehrheit der Abgeordnetenkammer gefaßten Beſchluſſe, welchem die eingehendſten Verhandlungen unter Theilnahme einer erheblichen Anzahl tüchtiger Juriſten und anderer Kapazitäten vorangegangen waren, das Gutachten eines einzelnen, wenn auch ausgezeichneten Juriſten gegenüber zu ſtellen, zumal es in dieſer Frage keineswegs der Juriſt allein iſt, welchem eine maßgebende Stimme zukommt. Allein hiedurch wird der Werth des Gutachtens an ſich, als einer gediegenen wiſſenſchaftlichen Arbeit nicht geſchmälert, und es iſt nicht gerechtfertigt, die Arbeit lediglich als eine im Auftrage des Miniſters zum Zwecke der Zurückweiſung des Antrags der Abgeordnetenkammer verfaßte Parteiſchrift zu betrachten, wie dieß von Mittermaier geſchieht. Der Inhalt des Gutachtens zeugt für die Selbſtſtändigkeit des in demſelben niedergelegten Urtheils und ſo wenig wir uns auch mit den Reſultaten einverſtanden erklären können, ſo verdient doch

---

[71] Allgemeine deutſche Strafrechtszeitung von Holtzendorff, Jahrg. VII, S. 299.

[72] A. a. O. S. 301.

Digitized by Google

die Arbeit, und dieß erkennt auch Mittermaier an, gewiß alle Beachtung.

Das Gutachten zerfällt in vier Abschnitte, wovon die zwei ersten das für die Begutachtung der streitigen Fragen erforderliche Material zusammenstellen, während die beiden letzten die Untersuchung der Fragen selbst enthalten. Der erste Abschnitt giebt Nachricht über die Gesetzgebungen fremder, deutscher und außerdeutscher, Länder bezüglich der Todesstrafe und über deren Anwendung in jenen Ländern. In dieser Beziehung wird angeführt, daß in Oesterreich die Todesstrafe im Jahr 1787 für das ordentliche Verfahren (im Gegensatz des standrechtlichen) gänzlich abgeschafft gewesen, schon im Jahr 1795 jedoch für das Verbrechen des Hochverraths und im Jahr 1803 auch für mehrere gemeine Verbrechen wieder eingeführt worden sei; daß in Preußen die preußische Nationalversammlung im Jahr 1848 zwar die Abschaffung der Todesstrafe beschlossen habe, dieser Beschluß jedoch nicht zum Vollzuge gekommen sei; daß von denjenigen deutschen Ländern, in welchen die von der deutschen Nationalversammlung in den „Grundrechten des deutschen Volkes" ausgesprochene Aufhebung der Todesstrafe vollzogen worden, nur Nassau, Anhalt-Dessau und -Cöthen, sowie Oldenburg dabei verblieben seien (S. 2), obwohl die Abgeordnetenkammern in Baden im Jahr 1863 und in Weimar in den Jahren 1862 und 1865 für die Abschaffung der Todesstrafe sich ausgesprochen [73] und im Königreich Sachsen die Dresdener

[73] Auch die zweite Ständekammer in Bayern hat sich inzwischen am 22. März d. J. mit 87 gegen 44 Stimmen für Abschaffung der Todesstrafe ausgesprochen, und die Staatsregierung um Vorlage eines entsprechenden Gesetzesentwurfes gebeten. Allg. deutsche Strafrechtszeitung Jahrg. VII, S. 292 ff. Dagegen hat in Oesterreich das Abgeordnetenhaus des Reichsrathes den von ihrem zur Vorberathung des Strafgesetzentwurfes bestellten Ausschusse gestellten Antrag auf Beseitigung der Todesstrafe abgelehnt. Allg. österreichische Gerichtszeitung, Jahrg. XVIII, S. 250.

Digitized by Google

Rechtsanwälte um die Abschaffung petitionirt haben;[74] daß sonach in allen deutschen Territorien, außer den drei genannten, die Todesstrafe bestehe (S. 3—6) und zwar theilweise noch für ziemlich viele Fälle (S. 6—13); daß jedoch von dem Begnadigungsrechte überall ein sehr starker Gebrauch gemacht werde (S. 13—16). Bezüglich der außerdeutschen Länder wird angeführt, daß die Todesstrafe nur abgeschafft sei in den Schweizer Kantonen Freiburg seit 1849 und Neufchatel seit 1854 (S. 16), ferner in Toskana, wo sie 1786 aufgehoben, 1790 wieder eingeführt, 1849 wieder aufgehoben, 1852 wieder eingeführt und 1859 abermals abgeschafft worden (S. 23), deßgleichen in San Marino seit 1848, in Rumänien seit 1864, ferner in Neu-Granada (S. 23, 30) und in drei Staaten von Nordamerika, nämlich in Michigan seit 1846, in Rhode-Island seit 1852 und in Wisconsin (S. 28). In Zürich soll die für Revision des Strafgesetzbuches niedergesetzte Kommission für Abschaffung der Todesstrafe sich ausgesprochen haben (S. 16) und in Italien habe sich im Jahre 1865 die Abgeordnetenkammer in gleicher Weise ausgesprochen (S. 24), während in jüngster Zeit in Belgien, obwohl der Justizminister der Abschaffung der Todesstrafe das Wort geredet, der Senat und die Abgeordnetenkammer für deren Beibehaltung sich entschieden (S. 21)[75] und ebenso in Frankreich die zu verschiedenen Zeiten gestellten Anträge auf Abschaffung der Todesstrafe weder im Senate, noch im gesetzgebenden Körper Anklang gefunden haben (S. 17, 19). Auch in den außerdeutschen Staaten bestehe daher mit den angeführten wenigen Ausnahmen die Todesstrafe und zum Theil in reichlicher Anwendung.

Der zweite Abschnitt des Gutachtens enthält eine Ver-

---

[74] Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung, Jahrgang VII, S. 290 f.

[75] Ebendaselbst, S. 281 ff.

Digitized by Google

gleichung des Rechtszustandes in den fremden Staaten mit der württembergischen Gesetzgebung und Praxis in Betreff der Todesstrafe (S. 31—36), wobei hervorgehoben wird, daß, während weitaus in den meisten Ländern Todesstrafe bestehe, unter den verschiedenen Gesetzgebungen die württembergische durch den sparsamen Gebrauch, den sie von der Todesstrafe mache, einen hervorragenden Platz einnehme. Besondere Beachtung erfährt der schon erwähnte Umstand, daß die Zahl der im Gnadenwege verwandelten Todesstrafen in fortwährendem Wachsen begriffen ist. Die Zahl dieser Fälle, wird zugegeben, und dieses Zugeständniß ist ein sehr wichtiges, sei zu groß, als daß sich annehmen ließe, es seien hiebei immer blos schuldmodifizirende Umstände von ganz ungewöhnlicher Art, welche ebendeßhalb von dem Gesetzgeber bei der Bestimmung der Strafe nicht haben vorhergesehen werden können, maßgebend, oder Rücksichten rein menschlicher oder sittlicher Art, Humanitätsrücksichten und dergl., die dieser Beschaffenheit wegen bei der Normirung der Strafe nicht zu beachten gewesen. Man werde daher durch derartige Wahrnehmungen an die bekannte Erfahrung erinnert, daß, wenn ein Strafgesetz sich überlebt habe oder zu hart und zugleich den Gerichten die Möglichkeit, durch Interpretation zu helfen, abgeschnitten sei, durch gehäufte Begnadigungen jene Mangelhaftigkeit des Gesetzes zugleich zur Heilung und zur Offenbarung zu kommen pflege. Wenn man dazu nehme, wie die Todesstrafe allmälig auf ein immer engeres Gebiet beschränkt worden sei, wenn man ferner die stets auf's Neue erfolgenden Kundgebungen gegen die Todesstrafe beachte, erscheine die Lage der Gesetzgebung in Beziehung auf die Todesstrafe nicht so beruhigend, daß nicht eine Untersuchung geboten wäre, ob nicht die Zeit zur völligen Beseitigung der Todesstrafe, oder wenigstens zu einer gesetzlichen Beschränkung ihrer Anwendung gekommen sei (S. 36 vergl. mit S. 55). Dieß wird nun in den folgenden zwei Abschnitten untersucht, beides aber der angeführten Bedenken ungeachtet verneint. Das Gutachten

Digitized by Google

erklärt die Todesstrafe für rechtmäßig und nothwendig und erkennt das Gewicht der dagegen sprechenden Gründe nicht als entscheidend an. Der Verfasser findet, indem er dießfalls der herrschenden Ansicht folgt, die Begründung und Rechtfertigung der Strafe in ihrer eigenen inneren Gerechtigkeit, wonach das Wesen der Strafe darin liege, ein Akt der vergeltenden Gerechtigkeit zu sein, ihr Maß aber die Strafe in dem Verbrechen habe, so daß dieselbe als Vergeltung nach dem Grundsatze der Gleichheit erscheine. Die Gleichheit von Verbrechen und Strafe brauche jedoch keine äußere, physische zu sein, es genüge nach Kant, wenn die Gleichheit der Wirkung nach zur Anwendung komme, während Hegel fordere, daß das Strafübel dem Werthe nach dem Verbrechen gleich stehe. Von Befriedigung der Nützlichkeitszwecke, Besserung, Abschreckung, könne nur in zweiter Linie, so weit die Gerechtigkeit es erlaube, die Rede sein. Allein wenn man auch von dieser Gerechtigkeitstheorie ausgeht, so ist damit für die Frage von der Todesstrafe nichts gewonnen, denn die Frage, ob es Verbrechen gebe, für welche die Vergeltung nach dem Grundsatze der Gleichheit nicht anders, als durch die Todesstrafe herzustellen sei, bleibt auch nach jener Theorie eine offene. Was aber die Theorie selbst betrifft, so ist die Idee der vergeltenden Gerechtigkeit eine sehr schöne, aber im Gebiete des menschlichen Strafrechts unseres Erachtens unerreichbar; es ist ein Wahn, daß die menschliche Strafe stets oder auch nur regelmäßig eine gerechte Vergeltung enthalte, d. h. eine solche, welche auch zu der inneren Verschuldung in richtiger Proportion stünde, und man wird daher dieß auch nicht als die Aufgabe der irdischen Strafe betrachten können. Vom Standpunkte der irdischen Gerechtigkeit erscheint, wie hoch man sie in der Idee auch stellen mag, in Wirklichkeit doch nur die Aufrechterhaltung der äußeren Rechtsordnung, auf welcher die Rechtssicherheit des Staates, wie des einzelnen Bürgers beruht, als Grund und Zweck der Strafe, und soweit sie zur Erreichung dieses Zweckes nicht nur dienlich, sondern wirklich nothwendig

Digitized by Google

und unentbehrlich ist, ist sie berechtigt. Für Aufrechterhaltung der Rechtsordnung kann aber die Strafe in zweifacher Richtung wirken, einmal als Drohung, um von Störungen der Rechtsordnung abzuhalten, und dann in ihrer Anwendung als Mittel zur Bekämpfung des von dem Verbrecher durch seine That bewiesenen, der Rechtsordnung feindlichen bösen Willens, welchen die Strafe bezwingen soll, um den Verbrecher zur Achtung der äußeren Rechtsordnung zurückzuführen. Beide Richtungen werden von dem Gesetzgeber bei Bestimmung der Strafe im Auge zu behalten sein, wobei für das Maß der Strafe weiter die Bedeutung und der Werth in Betracht kommen muß, welchen die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung in ihren einzelnen Beziehungen für die Gesellschaft hat. Hievon ausgegangen, ist für die Frage der Todesstrafe entscheidend, ob für gewisse Verbrechen ihre Androhung nothwendig und geeignet ist, um von deren Begehung abzuhalten, und ob jene Verbrechen von der Art sind, um den Verbrecher als einen absoluten und unverbesserlichen Feind der Rechtsordnung betrachten zu dürfen, bei welchem von einer anderen Bezwingung seines bösen Willens die Rede nicht mehr sein kann? Uns scheint beides verneint werden zu müssen. Der Verfasser des Gutachtens ist anderer Ansicht; doch wird auch von ihm anerkannt, daß die Todesstrafe aus dem Prinzip der Gerechtigkeit sich in dem Sinne nicht rechtfertigen lasse, als ob sie absolut und für alle Zeiten die adäquate Strafe gewisser Verbrechen wäre, da in Beziehung auf die Proportion von Schuld und Strafe die Ansichten großen Aenderungen unterworfen seien, und der Staat daher von der Todesstrafe nur dann Gebrauch machen dürfe, wenn das Interesse der Erhaltung der äußeren Rechtsordnung diese Strafe erheische (S. 40). Allein er glaubt, daß die Todesstrafe die Verbrechensfälle vermindern helfe (S. 41 bis 46), daß ihre rechtliche Zulässigkeit sich mit Grund nicht bestreiten lasse und in der Rechtsüberzeugung des Volkes begründet sei (S. 46—50), sowie, daß in Württem-

Digitized by Google

berg insbesondere die Volksansicht der Aufhebung der Todesstrafe widerstrebe (S. 50—52). Wir können diese Ansicht nicht theilen. Der Verfasser meint, daß es für die Beantwortung der Frage des Werthes der Todesstrafe für den Sicherungszweck aus der Erfahrung noch an einer genügenden Grundlage fehle, wobei davon ausgegangen wird, daß die Entbehrlichkeit der Todesstrafe bewiesen werden müßte, während umgekehrt die Nothwendigkeit der Todesstrafe zu beweisen sein wird, um sie aufrecht erhalten zu können. Aber die Erfahrungen sprechen überdies vielmehr für die Entbehrlichkeit der Todesstrafe; schon der Umstand, daß die fortschreitende Einengung des Gebietes derselben nicht nur keine Vermehrung der früher mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen zur Folge gehabt, sondern die Zahl dieser Verbrechen sich allmälig vermindert hat, ist von großer, von dem Verfasser des Gutachtens unseres Erachtens unterschätzten Bedeutung und ebenso sind die Erfahrungen in den Ländern, wo die Todesstrafe gänzlich abgeschafft ist, von der Art, um darzulegen, daß die Vermehrung und Verminderung der Verbrechen von der Todesstrafe nicht abhängig ist, in welcher Beziehung namentlich auf Toskana hingewiesen werden kann. Demjenigen, was das Gutachten dagegen bemerkt, stehen gewichtige andere Zeugnisse entgegen. Wenn der Verfasser des Gutachtens sodann aber weiter aus der Natur der Todesstrafe und der Natur des Menschen ableiten will, daß diese Strafe mehr als die lebenslängliche Zuchthausstrafe von der Verübung von Verbrechen zurückzuhalten geeignet sei, weil die Todesstrafe die schwerste Strafe sei (S. 43—45), so ließe sich schon gegen letzteres Manches sagen. Allein ganz abgesehen davon wird man demjenigen vollkommen beistimmen müssen, was der dermalige Chef des Justizdepartements, Staatsrath v. Mittnacht, als Abgeordneter in der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 13. Febr. 1865 gegen die Behauptung, daß der Verbrecher durch die Androhung der Todesstrafe im Gesetze von Verbrechen abgeschreckt werde,

Digitized by Google

gesagt hat; indem derselbe sich dahin aussprach: „ich glaube das nicht, nach meinen Erfahrungen nicht, und gerade beim Mord nicht; denn je berechnender und überlegter der Mörder verfährt, um so gewisser wird er auch Anstalten treffen, vermöge welcher er sich die Illusion macht, ganz unangefochten zu bleiben oder ein freisprechendes Verdikt von den Geschworenen oder schließlich Begnadigung vom Staatsoberhaupt zu erhalten." [76] Die Erzielung einer abschreckenden Wirkung durch die Todesstrafe würde jedenfalls voraussetzen, daß diese Strafe sich dem Verbrecher mindestens als eine sehr wahrscheinliche Folge seiner That darstellen müßte; diesem müssen aber schon die immer häufiger werdenden Begnadigungen entschieden entgegenwirken, denn eine Drohung, von der man annehmen kann, daß sie schließlich doch nicht zur Ausführung kommen werde, wird eine abhaltende Wirkung niemals äußern. Wenn sodann in dem Gutachten darauf großes Gewicht gelegt wird, daß, wenn die Strafe des Todes auf einem Verbrechen, wie der Mord, stehe, hiedurch im Volke das Bewußtsein von der Schwere des Verbrechens, der natürliche Abscheu vor demselben lebendig erhalten werde, was an sich schon die Wirkung hervorbringen könne, den Gedanken der Verübung dieses Verbrechens ferne zu halten (S. 44), so lehrt die Erfahrung, daß strenge Strafen zur Hebung des Rechtsgefühls im Volke wenig beitragen, und zum mindesten wird sich nicht behaupten lassen, daß die Androhung der Todesstrafe nothwendig sei, um das Bewußtsein der Schwere des Verbrechens des Mordes und den Abscheu davor im Volke lebendig zu erhalten. Zu Erzielung dieses Zweckes hat der Staat ein anderes Mittel, welches er anzuwenden verpflichtet ist, und dieses Mittel besteht in der Aufklärung und Veredlung des Volkes durch den geeigneten Unterricht in Schule und Kirche. Es ist immer in gewisser Weise ein Armuthszeugniß, wel-

[76] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1862 bis 1865, Prot. Bd. III, S. 2358, 2359.

Digitized by Google

ches der Staat sich ausstellt, wenn er ohne Todesstrafe die Rechtsordnung nicht aufrecht erhalten zu können glaubt, ein Armuthszeugniß, welches nach unserem Erachten weder Württemberg noch Deutschland verdient. Das oft geäußerte Bedenken, daß der Vollzug der Todesstrafe entsittlichend auf das Volk wirke, die Gemüther verwildere und die Rohheit nähre, weist der Verfasser des Gutachtens durch die Bemerkung zurück, daß dies nur bei häufiger Wiederholung und bei Oeffentlichkeit der Hinrichtungen Begründung haben könnte (S. 45). Allein, wenn auch die Intramuranhinrichtung in dieser Richtung ihr Gutes hat, so ist doch der Eindruck derselben nach den vielen darüber vorliegenden Berichten kein günstiger. Der Eindruck einer der heutigen Civilisation widerstrebenden Schlächterei herrscht vor und der Abscheu und Eckel vor der Strafe läßt den Abscheu vor der That vergessen, die gestraft werden soll. Kommen dann noch Scenen hinzu, wie sie mehrfach dagewesen, wo der Verurtheilte der Vollstreckung Widerstand leistet, wo derselbe der furchtbarsten Verzweiflung sich hingiebt, wo derselbe im letzten Momente noch in leidenschaftliche Aeußerungen gegen die Richter ausbricht, oder kommen Fälle vor, wo die Maschine versagt, so entsteht ein Gefühl der Entrüstung gegen das Gesetz und die vollziehende Gewalt, welches zur Erweckung und Befestigung des Rechtsgefühls im Volke gewiß nicht beiträgt. Uns will daher bedünken, als ob der Beweis, welchen der Verfasser des Gutachtens als geführt betrachtet, daß die Todesstrafe die Verbrechensfälle vermindern helfe, auf schwachen Füßen stehe, und von dieser Seite die Rechtfertigung dieser Strafart nicht als gelungen erscheinen dürfte.

Es bleibt daher noch in Frage, ob es nicht Verbrechen gibt, welche den Verbrecher als einen absoluten Feind der äußeren Rechtsordnung und seinen Willen als einen so unheilbar bösen erscheinen lassen, daß die Rechtsordnung nur durch völlige Vernichtung des irdischen Daseins des Verbrechers gesichert werden kann. Dieß ist aber entschie-

Digitized by Google

den zu verneinen, denn die Erfahrung lehrt, daß die schwersten Verbrecher auf den rechten Weg zurückgekehrt und der äußeren Rechtsordnung wieder unterthan geworden sind, und von manchem Mörder wird dieß selbst in höherem Grade gelten, als dieß z. B. bei Dieben und Betrügern der Fall ist. Aber, sagt das Gutachten, der Mord ist ein so schweres Verbrechen, daß in Betracht sowohl der Größe der darin enthaltenen Rechtsstörung, als der Größe der zu Grunde liegenden verbrecherischen Schuld eine bloße Freiheitsstrafe nicht dasjenige Strafübel ist, auf welches die Anwendung des Grundsatzes der Vergeltung nach dem Maße der Gleichheit führt (S. 48). Hiegegen wird man auf die in dem Gutachten enthaltene Mittheilung hinweisen dürfen, daß „nach der in Württemberg dermalen bei der Gewalt, in deren Händen das Begnadigunsrecht liegt, bestehenden Ansicht die Todesstrafe nicht in allen Fällen als die nothwendige Strafe des Mordes gilt" (S. 55), und daß deßhalb, weil in der Begnadigungsinstanz hienach angenommen wird, daß die im Gesetze für alle Fälle des Mordes angedrohte Todesstrafe nicht in allen Fällen der Forderung der Gerechtigkeit entspreche, aus diesem Grunde in vielen Fällen Begnadigung eintrete. Hier haben wir also an einer entscheidenden Stelle die Ansicht, daß auch bei dem Morde das Prinzip der Gerechtigkeit, „der Grundsatz der Vergeltung nach dem Maße der Gleichheit" nicht nothwendig zu der Todesstrafe führt, das bestehende Gesetz somit ungerecht ist. Zufällig besteht diese Ansicht dermalen bei der „Gewalt, in deren Händen das Begnadigungsrecht liegt" und dieser Zufall hat in vielen Fällen die gesetzliche Todesstrafe ausgeschlossen; jene Ansicht könnte sich aber denkbarer Weise nach der einen oder andern Seite ändern und was wäre dann die Folge? Müssen sich hier nicht ernste Bedenken gegen einen solchen Zustand der Gesetzgebung in einer so hochwichtigen Frage aufdrängen? — Und dann haben wir schon oben bemerkt, was es unseres Erachtens mit der „Vergeltung nach dem Maße der Gleich-

Digitized by Google

heit" auf sich hat. Es bedarf jedoch keines näheren Eingehens hierauf, denn der Verfasser des Gutachtens hat, wie wir bereits gesehen haben, zuvor schon selbst zugegeben, daß der Staat von seinem Rechte zur Todesstrafe nur dann Gebrauch machen dürfe, wenn das Interesse der Erhaltung der äußeren Rechtsordnung diese Strafe erheische (S. 40). Den Beweis hiefür hat das Gutachten jedoch, wie uns scheint, nicht zu führen vermocht. Zwar wird für die Nothwendigkeit der Todesstrafe auf das Volksrechtsbewußtsein hingewiesen, und damit der Ansicht von Geib, mit der auch Gabba übereinstimmt, beigetreten, welcher die Entscheidung der Frage von der Todesstrafe darein setzt, ob es Verbrechen gebe, hinsichtlich deren das jeweilige Rechtsbewußtsein des Volkes die Anwendung der Todesstrafe fordere, d. h. also, ob in der That Verbrechen vorkommen, in Ansehung deren das allgemeine Rechtsbewußtsein nicht anders, als gerade durch Verhängung der Todesstrafe befriedigt werden könne, und in Beziehung, auf welche mithin jede andere Strafe als eine ungerechte, dieselbe nicht deckende und sühnende sich darstelle. Geib bejaht diese Frage hinsichtlich des Mordes, Gabba läßt sie unentschieden, das Gutachten aber wagt mehr nicht zu behaupten, als daß man bis jetzt allen Grund zu der Annahme habe, daß die öffentliche Meinung und zwar auch im gebildeteren Theile des Volkes der Todesstrafe, mindestens in der Anwendung auf das schwerste Privatverbrechen, keineswegs widerspreche (S. 49), und speziell in Beziehung auf Würtemberg, daß bisher, d. h. bis zu dem betreffenden Beschlusse der Kammer der Abgeordneten, keine erheblichen Gründe für die Annahme vorgelegen seien, daß im Volke die Ansicht, die Todesstrafe sei zulässig und unentbehrlich, in die gegentheilige umgeschlagen wäre (S. 51). Sollte aber, auch angenommen, es verhalte sich so, es widerstrebe die öffentliche Meinung bis jetzt der Todesstrafe nicht, dieses zum Nachweise genügen, daß das Interesse der Erhaltung der öffentlichen Rechtsordnung diese Strafe erheische? Und

Digitized by Google

wie verhält es sich denn in Wirklichkeit mit der, in dieser Frage so sehr in den Vordergrund gestellten Volksansicht, sollte es nicht einer Untersuchung der Motive derselben bedürfen, ehe so großer Werth auf sie gelegt wird, und werden die Motive, die häufig auf Vorurtheil, Gewohnheit, Leidenschaft, augenblickliche Aufregung, irrige religiöse Anschauungen und dgl. hinauslaufen, Beachtung verdienen? Und sind die sich stets mehrenden Kundgebungen gegen die Todesstrafe, wie sie oben hervorgehoben worden, keiner ernsten Beachtung werth und läßt es sich läugnen, daß in der Literatur und auch im Volke die Stimmen für Abschaffung der Todesstrafe immer lauter werden und gar manche Stimmen von Gewicht sich hierunter befinden? Ist dieß noch kein hinreichender Grund für die Annahme, daß „diese Strafart wirklich sich überlebt hat" (S. 52)? Wollte man darauf warten, bis das gesammte Volk in allen seinen Schichten Abschaffung der Todesstrafe verlangte, so wäre dieß eine Vertagung der Frage für immer, denn es wird stets, wie in jeder Frage, so auch in dieser, Widersprechende geben. Allein so weit hat sich die Gesetzgebung nicht herab zu geben, vielmehr ist es ihre Aufgabe, in Humanitätsfragen voranzugehen und die Volksansicht zu sich heraufzuziehen. „Mit dem sittlichen Bewußtsein ihrer Zeit" (S. 48) wird sich die Gesetzgebung dadurch sicher nicht außer Zusammenhang setzen, und es ist unseres Erachtens nicht zu fürchten, daß „im Volke die Ansicht entstehe, die Strafgesetzgebung habe in ihrem Ernste gegenüber von den schwersten Verbrechen nachgelassen" (S. 52). Der Verfasser des Gutachtens hält diesem zwar entgegen, daß in einer so ernsten Angelegenheit ein experimentirendes Wechseln in der Gesetzgebung vom Uebel sei (S. 48) und dieß ist gewiß vollkommen anzuerkennen. Eine solche Mahnung wäre jedoch im Jahre 1853, wo man nach einem Zeitraum von nur drei Jahren seit Abschaffung der Todesstrafe wegen angeblicher Unentbehrlichkeit derselben ihre Wiedereinführung beschloß, mehr am Platze gewesen. Die Abschaffung der

Digitized by Google

Todesstrafe ist unseres Erachtens nicht ein zweifelhaftes Experiment, kein Sprung, sondern ein wohl vorbereiteter, dem Stande der heutigen Civilisation entsprechender Fortschritt. Wenn das Gutachten zur Vertheidigung der Wiedereinführung der Todesstrafe im Jahre 1853 auf die Thatsache hinweist, daß der im Jahr 1849 eingetretenen Milderung der Strafgesetzgebung eine beunruhigende Zunahme der Verbrechen gefolgt sei (S. 50), so ist dagegen zu erinnern, daß diese Zunahme schon vor Abschaffung der Todesstrafe begonnen hatte, und dann fehlt es nicht nur an dem Beweise eines Zusammenhangs zwischen der Abschaffung der Todesstrafe und der Zunahme der Verbrechen, sondern es spricht vielmehr dagegen, daß zu selber Zeit die Verbrechen auch in solchen Ländern in erschreckender Weise zunahmen, wo die Todesstrafe in Geltung war, daß die Zunahme ferner sich auch auf solche Verbrechen erstreckte, welche auch vor 1849 nicht mit Todesstrafe bedroht waren und daß in den Zeitverhältnissen sonstige Erklärungsgründe für die Zunahme der Verbrechen offen vor Augen lagen. Daß man im Volke „in Ueberschätzung der Wirksamkeit der Todesstrafe für den Sicherungszweck" (S. 50) vielfach geneigt war, den Grund der Ueberhandnahme der Verbrechen in der Abschaffung der Todesstrafe zu suchen, ist nicht zu läugnen, aber ob dieß einen genügenden Grund abgeben konnte, die kaum abgeschaffte Todesstrafe sofort wieder einzuführen, ist eine andere Frage.

Allerdings ist der Standpunkt insofern äußerlich jetzt wieder ein anderer, als die Todesstrafe einmal wieder eingeführt ist und es sich um ihre Wiederaufhebung handelt (S. 51). Allein innerlich ist die Frage dieselbe, es hängt Alles davon ab, ob die Todesstrafe für Erhaltung der äußeren Rechtsordnung nothwendig ist, und dieß ist unseres Erachtens jetzt wie früher zu verneinen.

Spricht schon das bisher Besprochene für Abschaffung der Todesstrafe, so findet diese Ansicht noch in zwei Eigenschaften dieser Strafart weitere Begründung, in der Un-

Digitized by Google

widerruflichkeit und Untheilbarkeit derselben. Auch der Verfasser des Gutachtens erkennt unumwunden an, daß diese Eigenschaften eine Handhabe für die Bekämpfung der Todesstrafe darbieten (S. 52). Es glaubt jedoch derselbe, daß die Gefahr, welche darin liegt, daß nach erfolgtem Vollzuge der Todesstrafe ein Irrthum des Richters nicht wieder gut gemacht werden kann, von den Gegnern dieser Strafart überschätzt wird und giebt sich der Hoffnung hin, daß durch die in dem Entwurfe der Strafprozeßordnung proponirte Bestimmung — wonach künftig der Gerichtshof, nachdem der Angeklagte von den Geschworenen für schuldig erklärt worden, die Sache zur nochmaligen Verhandlung an ein neues Schwurgericht schon dann zu verweisen haben solle, wenn auch nur die Mehrzahl der Richter überzeugt sei, daß sich die Geschworenen in der Schuldigerklärung völlig oder doch bezüglich auf die Strafgröße erheblichen Einfluß äußernder Punkte geirrt haben — solche weitere Garantieen für ein richtiges Urtheil gegeben seien, daß die an sich zuzugebende Möglichkeit einer ungerechtfertigten Verurtheilung als eine so ganz von aller Wahrscheinlichkeit entblößte erscheine, daß sie nicht als ein Grund betrachtet werden könne, die Todesstrafe zu beseitigen (S. 52—54). Allein, wenn auch die Möglichkeit einer ungerechtfertigten Verurtheilung eine entfernte ist, so läßt sie sich bei allen Garantieen nicht in Abrede ziehen, wobei nur auf die Trüglichkeit des Indicienbeweises hingewiesen werden soll. Es wird daher die Irreparabilität der Todesstrafe stets ein gewichtiger Grund gegen diese Strafart bleiben. Von nicht geringerem Gewichte ist die Untheilbarkeit derselben, welche zur Folge hat, daß, wenn das Verbrechen, für welches die Todesstrafe angedroht ist, überhaupt vorliegt und nicht einer der im Strafgesetzbuch speciell benannten Strafmilderungsgründe zutrifft, die Schuldunterschiede, welche sich aus der individuellen Gestaltung der einzelnen Fälle ergeben, von dem Gerichte unberücksichtigt gelassen werden müssen, und daher die verschiedensten Grade der Verschul-

Digitized by Google

dung von derselben Strafe betroffen werden. Dieß mußte nothwendig darauf hinführen, daß allmälig der Schwerpunkt der Verurtheilung in die Begnadigungsinstanz verlegt und diese zu einer wahren Revisionsinstanz wurde. Es leuchtet ein, welch' schwere Bedenken und Mißstände hiedurch hervorgerufen werden, und es mag dießfalls genügen auf das von Mittermaier [77] und in den Kammerverhandlungen hierüber Bemerkte hinzuweisen. Es werden diese Bedenken aber noch vermehrt, wenn die Begnadigungen so häufig erfolgen, „daß sie auf die Annahme hinführen, daß das Gesetz bezüglich der Feststellung des Maßes der Schuld und Strafe der Forderung der Gerechtigkeit nicht mehr entspreche und daher dem Begnadigungsrecht die Rolle zugefallen sei, regelmäßig die Heilung eines, sei es schon ursprünglich fehlerhaften oder veralteten Gesetzes zu übernehmen." Auf diesem Standpunkte sind wir, wie schon oben hervorgehoben wurde, was den Mord betrifft, in Württemberg angekommen, „indem nach der über seine Strafwürdigkeit dermalen auch bei der Gewalt, in deren Händen das Begnadigungsrecht liegt, bestehenden Ansicht die Todesstrafe nicht in allen Fällen als die nothwendige Strafe desselben gilt." Es kann sich daher der Verfasser des Gutachtens mindestens der Ueberzeugung nicht verschließen, daß es ein Fortschritt in der Gesetzgebung wäre, wenn durch eine Aenderung des Gesetzes die Zahl der Fälle, in welchen gerichtlich auf die Todesstrafe erkannt werde, vermindert würde (S. 55). Allein in der vierten Abtheilung des Gutachtens sucht der Verfasser zu zeigen, daß eine solche Gesetzesänderung ihre Schwierigkeiten und Bedenken habe und auf eine einstige Revision des Strafgesetzbuches zu verschieben sei (S. 56—76). Unseres Erachtens sprechen die in dem Begnadigungsrechte liegenden ernsten Bedenken nicht blos für eine Verminderung der Fälle, in welchen Todesstrafe zu erkennen ist, sondern für

[77] Allg. deutsche Strafrechtszeitung Jahrg. VI, S. 95 ff.

Digitized by Google

gänzliche Abschaffung der Todesstrafe, da alle Modalitäten nur neue Mißstände erzeugen werden.

Auf die verschiedenen Modalitäten, welche bei der Frage einer Abänderung der bestehenden Gesetzgebung zum Zwecke einer Beschränkung der Anwendung der Todesstrafe in Betracht gezogen werden können und in der letzten Abtheilung des Gutachtens erörtert werden, enthalten wir uns näher einzugehen. Alle diese Versuche erscheinen uns nur als das letzte Sträuben gegen die hereinbrechende Erkenntniß der Unverträglichkeit der Todesstrafe mit dem heutigen Stande der Civilisation und den gerechten Anforderungen der Humanität, und die Bedenken und Schwierigkeiten, welche den fraglichen Versuchen entgegen treten und auch in dem Gutachten hervorgehoben werden, können nur dazu dienen, den Kampf gegen die Todesstrafe selbst zu unterstützen und den Sieg ihrer Gegner zu beschleunigen.

Dr. Kübel.

2) Repertorium der evangelischen Kirchengesetze in Württemberg von G. A. Süskind, Pfarrer in Darmsheim und G. Werner, Pfarrer in Stammheim, in drei Bänden. Verlag von Wilhelm Nitzschke in Stuttgart. 1862—1867.

Das vorliegende, mit dem dritten Bande nunmehr abgeschlossene, werthvolle und reichhaltige Sammelwerk hat nach dem Vorworte vorzugsweise den Zweck, einem längst vorhandenen Bedürfnisse der Amtsgenossen der Herren Verfasser zu entsprechen und den aus deren Kreise laut gewordenen Wünschen entgegen zu kommen. „Die in so vielen Richtungen ganz veränderte Gesetzgebung," sagt das Vorwort, „und insbesondere die neuen Erscheinungen auf dem Gebiete der Kirche, das Auftauchen von Sekten, die konfessionellen Verhältnisse, Aenderungen für den Kult, Besoldungs- und Verfassungsfragen: Alles drängt und treibt nach einem Hilfsmittel, durch welches der Geistliche in den Stand gesetzt wird, sich zu orientiren." Ein solches Hilfsmittel ist das vorliegende Werk aber nicht blos für die Geistlichen, sondern es stellt sich dasselbe auch für die Ge-

Digitized by Google

richts- und Verwaltungsbeamten als erwünschtes und willkommen zu heißendes Hilfs- und Handbuch dar, da sein äußerst reicher und mit ausgezeichnetem Fleiße gesammelter Inhalt eine Reihe von Gegenständen und Verhältnissen, welche auch die Justiz und Verwaltung nahe berühren, umfaßt, und das Werk hierüber durch die Zusammenstellung der bezüglichen Gesetze, Verordnungen und Erlasse einen vollständigen Ueberblick gewährt, der sich sonst ohne diese Hilfe nur mit vielem Aufwand von Zeit und Mühe gewinnen läßt. Der Titel des Werkes verspricht zwar nur eine Sammlung der evangelischen Kirchengesetze Württembergs; allein der Begriff von evangelischen Kirchengesetzen ist hier sehr weit gefaßt, denn es sollten, nach der in dem Vorworte ausgesprochenen Absicht der Verfasser, in der Sammlung soviel möglich alle Verhältnisse berücksichtigt werden, welche für den Geistlichen in seiner vielseitigen Stellung von Interesse sind und sein Amt irgendwie berühren. Diesem ausgesprochenen Zwecke der Sammlung gemäß haben auch viele civilrechtliche und verwaltungsrechtliche Verhältnisse eingehende Berücksichtigung und demzufolge die einschlagenden Gerichts- und Verwaltungsgesetze und Verordnungen Aufnahme in die Sammlung gefunden, so daß das Werk in der That in keiner Kanzlei fehlen sollte. Beispielsweise mögen hier erwähnt werden: die vielen auf die kirchliche Baulast bezüglichen, ebensowohl die rechtliche als die administrative Seite beleuchtenden Artikel Bd. I, S. 82 f., 141 f., 253 f., 514 f., Bd. II, S. 164 f., 278 f., 436 f., 443 f., 543 f., 550 f., 566 f., 580 f., 620 f., 627 f., 629 f., 640 f., Bd. III, S. 63 f., 423 f., die Artikel über die Verhältnisse der öffentlichen Diener Bd. I, S. 86 ff., 570 ff., über Geschenkannahme der Kirchendiener Bd. II, S. 268 ff., über das Beichtsiegel Bd. I, S. 314 f., über die Verhältnisse der Eltern, der ehelichen und der unehelichen Kinder Bd. I, S. 68 ff., Bd. II, S. 408 ff., Bd. III, S. 426 ff., über Adoption Bd. I, S. 63 ff., über Erziehungsreligion Bd. II, S. 52 ff., über Familienstif-

Digitized by Google

tungen Bd. II, S. 108 ff., ferner über Prozeßführung Bd. II, S. 215 f., über Eidesabnahme Bd. II, S. 19 ff., weiter die Artikel über Sonntagsfeier Bd. III, S. 316 ff., Bd. I, S. 41 f., 91 f., 213 f., 411 ff., Bd. II, S. 119, 153, 165 ff., Bd. III, S. 364, über Asotie Bd. I, S. 218 ff., über Komödien Bd. I, S. 446 ff., über Aerzte Bd. I, S. 78 ff., über ansteckende Krankheiten Bd. I, S. 186 f, Begräbniß Bd. I, S. 268 ff., Anatomie Bd. I, S. 175 ff., welchen Artikeln noch viele andere angereiht werden könnten, die für Justiz- und Verwaltungsbeamte unläugbares Interesse haben.

Die Verfasser haben, unter abermaliger Bewährung ihres längst rühmlich bekannten Sammlerfleißes, den reichhaltigen Stoff zu der vorliegenden Gesetzessammlung aus gedruckten und handschriftlichen Quellen, aus den Registraturen der Staats- und Kirchenbehörden, sowie aus den Verhandlungen der Ständekammern geschöpft und sorgfältig zusammengetragen, und die bezügliche Literatur in einsichtiger Weise benützt und angeführt. Die hergehörigen Gesetze, Verordnungen, Normalien, Erlasse und Entscheidungen finden sich bei jedem Artikel zweckmäßig zusammengestellt, und es wird hiebei nicht nur das bestehende Recht, unter steter Benennung der Quellen, in wörtlichen Auszügen wiedergegeben, sondern es finden sich auch die älteren Bestimmungen insoweit angeführt, als sie zum Verständnisse des bestehenden Rechtes dienen. Denn nach der in dem Vorworte ausgesprochenen Absicht soll das Werk nicht zum blos mechanischen Amten anleiten, sondern zu einer eingehenden Kenntniß des gesetzlichen Bodens führen, und dieses Ziel ist, wie die Verfasser richtig erkannt haben, nur durch eine Darstellung des geschichtlichen Entwickelungsganges zu erreichen, ohne dessen Kenntniß die Zustände der Gegenwart häufig unverstanden bleiben werden.

Die Anordnung des Stoffes ist die alphabetische, welche von den Verfassern, nach einer dießfälligen Bemerkung in der Vorrede, im Hinblick auf die Reichhaltigkeit des Stoffes

Digitized by Google

und den bedeutenden Umfang vieler einzelner Materien als die angemessenere und für den praktischen Gebrauch des Werkes bequemere betrachtet wurde. Es soll nicht geläugnet werden, daß für die Wahl dieser Anordnung Manches spricht und der praktische Gebrauch des Werkes darunter nicht leiden wird. Auf der andern Seite läßt sich jedoch nicht verkennen, daß diese Anordnung theils zu einer Zerreißung von Zusammengehörigem, theils zu manchen Wiederholungen oder Verweisungen führen mußte und die Uebersichtlichkeit durch eine systematische Anordnung gewonnen hätte, welcher freilich bei der Verschiedenartigkeit des Stoffes große Schwierigkeiten im Wege standen. Ein Theil der durch die alphabetische Anordnung herbeigeführten Mißstände wird übrigens durch die dem ersten und dritten Bande beigefügten umfassenden Register beseitigt, da hiedurch das Aufsuchen der zusammengehörigen Artikel wesentlich erleichtert und der Zerreißung ungeachtet, ein rascher Ueberblick ermöglicht wird.

Die äußere Ausstattung des Werkes ist seiner Bedeutung angemessen und läßt nichts zu wünschen übrig.

Dr. Kübel.

Digitized by Google

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

3) Das Ganterkenntniß und seine Wirkungen.

(Von Herrn Oberjustizrath Boscher in Eßlingen.)

§. 1.

Einleitung.

Der Konkursprozeß wurzelt tief im Leben, welches hier wie kaum anderswo mit seiner Vielgestaltigkeit nicht nur auf die Anordnung der einzelnen Rechtssätze, sondern auch auf die Gesetzgebung unmerklich, aber unwiderstehlich einwirkt. Die Geschichte zeigt, welche bedeutende Veränderungen diese Prozeßart von den Zeiten der Römer bis auf unsere Tage erfahren hat. Denn die Volksansichten, der Verkehr, Handel und Wandel sind nichts Stabiles, sondern bewegliche, wechselnde Erscheinungen. Darum läßt sich der Konkursprozeß, mag auch darüber noch so viel geschrieben und gesprochen werden, nie für ein abgeschlossenes Thema erklären. Immer werden neue Fragen oder die alten in neuen Formen und Gestalten auftauchen. Sodann können, wie dies in der Natur der Sache liegt, solche Werke, welche den ganzen Konkursprozeß umfassen, auf die einzelnen sich aufwerfenden Fragen nicht tiefer eingehen, sie können dieselben mehr nur andeuten und müssen ihre nähere Ausführung den Monographieen überlassen. Diese Erwägungen dürften vielleicht unerachtet der reichen Literatur, welche über diese Prozeßart besteht, [1] den nachfolgenden Versuch rechtfertigen.

---

[1] Vergl. die Bemerkung von Schweppe in seinem System des Konkurses der Gläubiger, §. 8; Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses Bd. IV, S. 484, 485; Morstadt, Civ.-Prozeß-Schlüssel §. 426.

Digitized by Google

§. 2.

Geschichtliche Bemerkung.

Dem römischen, sowie dem älteren germanischen Rechte war ein Verfahren, wie wir es heut zu Tage unter Konkursprozeß verstehen, völlig fremd. Der römische Gläubiger hatte bekanntlich zwei Wege, um zur Befriedigung gegen den säumigen Schuldner zu gelangen: die immissio in bona und die cessio bonorum. Jenes ältere Verfahren zeichnete sich durch seine Strenge gegen den Schuldner aus; [1] aber auf der andern Seite war dasselbe für die Gläubiger deßhalb weniger günstig, weil der Schuldner, dem seine Güter verkauft waren, dadurch ein für allemal von allen Verbindlichkeiten gegen seine Gläubiger frei wurde. [2] Später änderte sich dies durch das Hinwegfallen der mit der bonorum venditio verbundenen successio per universitatem, [3] insbesondere aber auch durch die lex Julia de cessione bonorum. Cod. Lib. VII, Tit. 71, qui bonis cedere possunt.

Auch das altgermanische Exekutionsverfahren war ein sehr mangelhaftes; erst seit dem 16. Jahrhundert findet man dem Wesen nach unsern heutigen Konkursprozeß. Dieser unterscheidet sich von jenen alten Prozeduren wesentlich dadurch, daß die letzteren ein bloßes Exekutionsverfahren bildeten, welches nicht nothwendig eine Ueberschuldung voraussetzte. [4]

---

[1] Gaii Inst. Comment. II, §. 154. — bona veneant, id est, ut ignominia, quae accedit ex venditione bonorum. Inst. Lib. I, Tit. 6 quib. ex caus. §. 1. — creditores res haereditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.

[2] l. 25, §. 7 D. quae in fraud. cred. (42, 8.) — iniquum esset actionem dari in eum, cui bona ablata essent.

[3] pr. Inst. de success. sublat. (3, 13.)

[4] Ueber diese historischen Verhältnisse ist zu vergleichen Schweppe, Rechtsgeschichte §. 587 ff.; Linde, Lehrbuch §. 427 ff.; Bayer, Theorie §. 2 ff; Gönner, Handbuch Bd. IV, S. 487 ff.; Schweppe, System §. 2 ff.; Mittermaier, der

Digitized by Google

Unser heutiger Gantprozeß bildete sich hauptsächlich durch die Doktrin und die Gerichtspraxis, deren Grundsätze nach und nach in mehreren Partikularrechten gesetzlich sanktionirt wurden.

Diese wenigen historischen Bemerkungen werden es rechtfertigen, daß in der folgenden Ausführung nur in einzelnen, die materielle Seite des Verfahrens betreffenden, Punkten auf die römischen Quellen zurückgegriffen werden wird. *

§. 3.

Bedingungen des Ganterkenntnisses.

Einer der wichtigsten Akte des Konkursprozesses, auf welchem das ganze weitere Verfahren beruht, ist das Ganterkenntniß (decretum de aperiundo concursu), durch welches das Konkursverfahren für nothwendig erklärt und der Konkursprozeß im engeren Sinne des Wortes eröffnet wird. Dem Ganterkenntniße voraus geht ein vorbereitendes Verfahren, welches die Untersuchung des Vorhandenseins der Bedingungen für die Erkennung des Konkurses zum Zwecke hat, da bei den wichtigen Folgen, welche das Ganterkenntniß für den Schuldner wie für die Gläubiger hat, dessen Ausspruch nicht erfolgen darf, ehe durch eine vorgängige

---

gemeine bürgerliche Prozeß Thl. III, S. 214 ff.; Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts §. 75; Heffter, Institutionen S. 560; Savigny, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. II, S. 374 ff.; Hasse, im Archiv für civil. Praxis Bd. V, S. 50 ff.; Fuchs, das Konkursverfahren, §. 5, S. 22 ff.;

* Die formellen Vorschriften des römischen Rechtes leiden schon darum keine Anwendung auf unser heutiges, dem Gerichtsgebrauch entstammendes, Verfahren, weil der römische Exekutivprozeß vielfach enge mit dem eigenthümlichen Prozeßverfahren der Römer zusammenhängt. Gensler, Kommentar §. 310, 311; Archiv für civ. Praxis Bd. II, S. 345—347; Danz, summarischer Prozeß §. 143; Heffter, System §. 534, S. 649; Weiske, Rechtslexikon Bd. II. S. 777—778, 814; Puchta, Beiträge Bd. II, §. 10; Gönner, Handbuch Bd. IV, Abh. 82, §. 5, 6; Bayer, Theorie §. 2, 18, 19; Schweppe, System §. 5; Linde, Lehrbuch §. 428; Mackeldey, Lehrbuch §. 759.

Digitized by Google

Untersuchung soweit möglich festgestellt worden ist, ob die Bedingungen für die Erkennung des Konkurses auch wirklich vorhanden sind.[1] Mit Recht wird daher der Satz aufgestellt, daß der Richter bei der Aussprechung des Ganterkenntnisses mit großer Vorsicht zu Werke gehen müsse, weil er bei dem geringsten Versehen bald den Gläubigern, bald dem Schuldner verantwortlich werden könne. Nur ist freilich hiemit für den Richter und die Parteien wenig gewonnen, da die Entscheidung darüber, ob im einzelnen Falle eine zum Ersatze verpflichtende Verschuldung des Richters vorliege, von einer vorgängigen Feststellung der Bedingungen abhängt, welche den Richter so verpflichten als berechtigen, das Ganterkenntniß auszusprechen.

Vor allen Dingen muß man den Satz festhalten, daß der Richter nicht von Amtswegen den Gant eröffnen oder auch nur die vorbereitenden Akte vornehmen dürfe,[2] obwohl dieß freilich sowohl nach gemeinen,[3] als nach würt-

---

[1] Die verschiedenen Eintheilungen, welche man bei dem vorbereitenden Verfahren findet, werden als bekannt übergangen werden dürfen. Näheres hierüber siehe bei Dabelow, Konk. (1792), Thl. I, §. 8 ff. (1802), S. 672 ff.; Günther, der Konk. S. 1 ff.; Weishaar, über Konkurs und Präkurs §. 2 ff.; Reyscher, württ. Privatrecht Bd. II, §. 513; Kori, System §. 38 a. E. läßt den formellen Konkurs schon mit dem vor dem Gante ergangenen Veräußerungsverbote beginnen; Gönner, Handbuch Bd. IV, Abs. 82, §. 16 ff., S. 524.; Linde, Lehrbuch §. 430; Schweppe, System §. 33; Schmid, Handbuch Thl. III, §. 216; Bayer, Theorie §. 46; Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. II, S. 778.

[2] Fuchs, das Konkursverfahren §. 15, S. 100. Dieses Prinzip anerkennt namentlich auch die Hannover'sche Prozeßordnung in §. 607 und 608; Oppermann, die allgemeine bürgerl. Prozeßordnung für Hannover S. 265; vergl. hierüber unten §. 4 u. 8.

[3] Gönner, Handb. des deutschen gew. Prozesses Bd. IV, S. 511 u. ff.; Martin, Lehrbuch des Civilprozesses (5. Aufl.), §. 323; Reinhardt, die Lehre vom Gant §. 50; Günther, Konk. S. 19, 20.

Digitized by Google

tembergischem Rechte nicht unbestritten ist. [4] Die von den Gegnern angeführten Gründe sind rechtspolizeilicher Natur. Die Staatsgewalt habe, sagt man, die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß den Gläubigern die Realisirung ihrer Forderungen nicht unmöglich gemacht, daß der öffentliche Kredit erhalten werde. Darum dürfe der Richter zu Gunsten Einzelner keine Verfügung treffen, wenn dadurch möglicher Weise Andern ein Nachtheil zugehen könnte; darum müsse er, sobald die Besorgniß einer Ueberschuldung vorhanden sei, im Interesse sämmtlicher Gläubiger den Konkurs eröffnen. Dieß ist jedoch ein nicht zu billigendes Prinzip, welches sowohl gegen den obersten Prozeßgrundsatz: daß es keinen Richter ohne Kläger gebe, als auch gegen eine gesunde Rechtspolitik verstößt. Denn dasselbe würde in seinen Konsequenzen zu einer in's Unerträgliche gehenden Ueberwachung der Vermögensverhältnisse der Staatsbürger führen und nicht selten einen rechtlichen Mann dem vermeintlichen Interesse seiner Gläubiger opfern. Dem vermeintlichen Interesse, denn der Richter kann nicht wissen, ob es nicht viel mehr im wahren Vortheile der Gläubiger liege, daß der Schuldner geschont und ihm Zeit gelassen werde, seinen Gläubigern gerecht zu werden, während derselbe durch jenes amtliche Einschreiten zur Unzeit zwecklos ruinirt und in die Unmöglichkeit versetzt wird, sich aus seiner bedrängten Lage herauszuarbeiten. Man denke nur an die Handelswelt. Wie oft kommt es vor, daß ein solides und reelles Haus durch ein unglückliches Zusammentreffen unabwendbarer Umstände vorübergehend so in's Gedränge kommt, daß man es jeden Augenblick stürzen könnte, wenn das Gericht einschreiten würde; hier würden die Gläubiger dem Richter gewiß wenig Dank wissen, wenn er aus Vorsorge für sie ein Falliment herbeiführen wollte, das sie um ihre Forderungen brächte,

[4] Jeitter, Lehrbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit (2. Aufl.) §. 966; Schütz, der württ. Civilprozeß S. 469.

Digitized by Google

während sie vielleicht nach ein paar Jahren ihre volle Befriedigung erhalten hätten. Man lasse nur Jeden für sich selbst sorgen; je freier und ungezwungener der Bürger eines geordneten Staates sich bewegen kann, je mehr er sich seinem eigenen Urtheile überlassen weiß, desto umsichtiger wird er handeln. Darum haben sich auch zu allen Zeiten viele der angesehensten Rechtsgelehrten dagegen erklärt, daß der Richter von Amtswegen einen Konkurs eröffnen dürfe. [5] Selbst nicht einmal bei einer überschuldeten Erbschaft läßt sich ein Einschreiten von Amtswegen rechtfertigen; [6] denn der Erbe kann zu Ehren seines Erblassers die Zufriedenstellung der Kreditoren übernehmen, oder die Letzteren können es angemessen finden, ihre Forderungen nicht weiter zu verfolgen. [7] Das württembergische Recht verwirft gleichfalls jene Bevormundung, indem der §. 160 des IV. Organ. Edikts vom 31. Dezbr. 1818 mit klaren Worten vorschreibt, daß der Oberamtsrichter nur dann eine Vermögensuntersuchung anordnen dürfe, wenn entweder der Schuldner seine Vermögens-Unzulänglichkeit dem Oberamtsgerichte oder der Ortsobrigkeit selbst anzeige, oder wenn nicht nur mehrere Gläubiger gegen denselben auf Befriedigung dringen, sondern auch die Besorgniß einer Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners entstehe. [8]

Die erste Bedingung der Einleitung des Gantverfahrens ist also, daß die Thätigkeit des Richters von Außen her angerufen wird, sei es von Seite des Schuldners oder

---

[5] Schmid, Handbuch des Civilprozeßes Thl. III, S. 285; Morstadt, Civilprozeßschlüssel §. 431; Linde, Civilprozeß. §. 431.

[6] Bayer, Konkursprozeß §. 47; Schweppe, System des Konkurses der Gläubiger §. 107; Lotz im Archiv für civ. Praxis Bd. III. S. 77.

[7] Schmid, a. a. O. S. 287.

[8] Pfeifer, in Sarweys Monatschrift Bd. XI, S. 417 ff.; Bolley, Entwürfe und Anträge Bd. II, §. 1716, 1717.

Digitized by Google

der Gläubiger, sei es unmittelbar oder, wie dies in Württemberg gewöhnlich der Fall ist, vermittelst der Ortsbehörde. Auch ist keineswegs nöthig, daß die Gläubiger ausdrücklich auf die Einleitung des Gantverfahrens antragen, es genügt, wenn einer oder mehrere [9] Gläubiger in einer Weise auf Befriedigung dringen, daß sich annehmen läßt, sie wollen ihre Befriedigung unter allen Umständen, auch im Wege des Konkurses, falls eine Verfügung zu ihren Gunsten ohne Eingriff in die Rechte der andern Gläubiger nach dem Vermögensstande des Schuldners nicht mehr möglich wäre.

Ist der Anstoß von einer oder der andern Seite gegeben, so hat das Gericht zu prüfen, ob eine Vermögens-Unzulänglichkeit vorliege. Denn dies ist die zweite Bedingung für die Erkennung des Konkurses, und deren Beurtheilung kann im einzelnen Falle viele Schwierigkeiten bereiten. Es lassen sich folgende Fälle unterscheiden:

1) Der Schuldner erklärt selbst seine Insolvenz. Hier wird die Sache in der Regel einfach sein und das ganze Vorbereitungsverfahren, auf welches der Richter seine Kognition zu bauen hat, wird sich auf eine Prüfung und Berechnung des unter Mitwirkung des Schuldners zu erhebenden Vermögensstandes desselben und seiner Schulden beschränken. [10] Streng genommen sind zwar auch in diesem Falle die Gläubiger über die Insolvenz-Erklärung des Schuldners zu hören, weil sie ein Recht darauf haben, ihre Befriedigung im ordentlichen Exekutionsverfahren zu erlangen, und eine Abweichung hievon und die Einleitung des Gantverfahrens mit manchen Nachtheilen für sie verbunden ist. Indessen wird eine solche Vernehmung in der Regel überflüssig sein, da sich annehmen läßt, daß Niemand ohne Grund sich dem Gantverfahren unterziehen werde,

[9] Schmid, Handbuch des Civilprozesses Thl. III, S. 280, Note 4.

[10] Gönner, Handb. Bd. IV, S. 558, 559.

Digitized by Google

da ferner, wenn der Vermögens- und Schuldenstand klar und unbeanstandet ist, sich nicht wohl denken läßt, daß die Gläubiger gegen das Gantverfahren Einwendungen erheben könnten, und da endlich die Gläubiger jedenfalls sogleich beim Beginne des eigentlichen Konkursprozesses, bei der Schuldenliquidation, Gelegenheit erhalten, sich auszusprechen. Nur wenn der Verdacht entstünde, daß der Schuldner betrüglicher Weise eine Vermögensunzulänglichkeit simulire, müßte nähere Untersuchung hierüber gepflogen und das Geeignete mit den Gläubigern verhandelt werden. Je nach dem Ergebnisse dieser Untersuchung wären alsdann entweder die bereits getroffenen vorsorglichen Maßregeln wieder aufzuheben und das Verfahren in den Weg der gewöhnlichen Exekution einzuleiten, oder wäre der Gant zu erkennen. Eine bloße, oft vom Zaune gerissene, Vermuthung ohne nähere Begründung ist natürlich nicht zu beachten.

2) Die Gläubiger dringen auf Befriedigung und es entsteht die Besorgniß der Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners. Auch in diesem Falle muß zunächst der Schuldner über den Zustand seines Vermögens gehört werden, was in Württemberg bei der Vermögensuntersuchung geschieht. Gibt er seine Zahlungsunfähigkeit zu, so wird die Sache wieder so einfach, wie in dem vorigen Falle. Der Verdacht einer simulirten Vermögensunzulänglichkeit wird hier der Natur der Sache nach selten oder nie vorkommen. Wenn aber der Schuldner seine Insolvenz bestreitet, so liegt hierüber ein non liquet vor und es fragt sich daher, ob gleichwohl der Gant erkannt werden dürfe?

Einige Rechtslehrer verneinen diese Frage und verlangen vorherigen vollen Beweis der Insolvenz gegen den Schuldner, z. B. Bayer, Schmid, Linde, Gönner, Pfeifer,[11]

[11] Bayer, Theorie des Konkursprozesses §. 46; Schmid, Handbuch des Civilprozesses Thl. III, S. 281; Linde, Lehrbuch §. 431, 432; Gönner a. a. O. Bd. IV, S. 575, §. 28; Pfeifer in Sarwey's Monatschrift Bd. XI, S. 420 ff.

Digitized by Google

während Andere, z. B. Schweppe und Bolley[12] sich mit Bescheinigung begnügen. Für die erste Ansicht wird geltend gemacht: Die Grundsätze vom Beweise seien im Konkursverfahren die nämlichen, wie im ordentlichen Prozesse, der Bürger müsse gegen willkührliche Eingriffe in seine Rechtssphäre geschützt sein, es wäre ein Verstoß gegen das Recht, wenn man Jemanden auf den bloßen Verdacht, auf eine bloße Besorgniß hin um Ehre, Kredit und guten Namen bringen wollte. Für die zweite Ansicht wird angeführt: Durch die Anwendung jenes allgemein hingestellten Grundsatzes würde in manchen Fällen ein schreiendes Unrecht gegen die Gläubiger begangen, da die Herstellung eines vollen juristischen Beweises der Ueberschuldung sehr häufig mit großen Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten verbunden sei, wie denn auch Gönner, der Hauptvertheidiger der ersten Ansicht, schließlich eine Reihe von Umständen aufzähle, aus denen der Richter die Wahrscheinlichkeit der Insolvenz schöpfen soll.[13]

Am sichersten wird man wohl zu einem richtigen Resultate dadurch gelangen, daß man die Formen näher in das Auge faßt, in welchen sich die Zweifelhaftigkeit der Insolvenz darstellen kann. Dieß kann nämlich

a) geschehen, indem der Schuldner die Richtigkeit des Anschlags seines Aktivvermögens bestreitet, also z. B. behauptet, seine Liegenschaft sei zu nieder taxirt. Daß hier der Affektionswerth außer Betracht bleibt, und nur der gemeine Marktwerth entscheidet, versteht sich von selbst. Das Verfahren wird in der Regel einfach sein. Der Richter hat, wo nicht die Schätzung bestimmten Behörden zugewiesen ist, durch Vergleichung der Kaufbücher und anderer öffentlicher Urkunden oder durch Beiziehung von Sachverständigen und unter Anhörung des Schuldners und der Gläubiger

[12] Schweppe, System des Konkurses §. 108; Bolley, Entw. und Anträge Bd. II, §. 1716, 1717.

[13] Gönner a. a. O. Bd. IV, S. 575—579; vergl. auch Pfeifer in Sarwey's Monatschrift Bd. XI, S. 423, 437.

Digitized by Google

den wahren Werth mit möglichster Genauigkeit zu erheben, und darauf hin sein Urtheil zu geben.

b) der Schuldner bestreitet so viele von seinen Schulden, daß eine Insolvenz nicht mehr vorliegen würde, wenn sein Vorbringen wahr wäre. In diesem Falle ist weiter zu unterscheiden: Bestreitet der Schuldner alle gegen ihn eingeklagte Forderungen, so kann ein Gantverfahren nicht Statt finden, sondern die Gläubiger müssen auf den Rechtsweg verwiesen werden. Denn das Gantverfahren ist nichts anderes, als ein in Folge der Konkurrenz mehrerer Gläubiger und der Kollision ihrer Forderungen eigenthümlich modifizirtes Exekutionsverfahren, es können daher auch nur die Klagen solcher Gläubiger zum Gante führen, deren Forderungen liquid sind, weil nur sie auf die Hilfsvollstreckung Anspruch haben. Anders verhält es sich, wenn liquide exekutionsreife Forderungen vorliegen, während neben denselben auch illiquide Forderungen eingeklagt sind, durch deren Hinzurechnung sich eine Insolvenz ergibt. Die Gläubiger mit liquiden Forderungen haben an sich ein Recht auf sofortige volle Befriedigung mittelst Hilfsvollstreckung. Nun fragt es sich aber: in wie weit wird dieses Recht durch das Hinzutreten anderer Gläubiger mit illiquiden Forderungen aufgehoben oder beschränkt. Bei der Beantwortung dieser Frage muß man sich daran erinnern, daß der Gläubiger unter Umständen das Recht hat, die Sicherstellung seiner bestrittenen Forderung zu verlangen; dieß setzt jedoch eine Bescheinigung derselben, wie sie nach den Grundsätzen des Arrestes nothwendig ist, voraus. Sollen nun aber die illiquiden Forderungen sicher gestellt werden, so ist eine vollständige Befriedigung der liquiden im Exekutionswege ohne Präkurs nicht mehr möglich, und diese Kollission führt daher zum Gante. Folglich müssen, wenn liquide und illiquide eingeklagte Forderungen konkurriren, die letztern bei der Frage von der Ueberschuldung und Einleitung des Gantverfahrens alsdann mitgerechnet werden, wenn sie in

einer Weise bescheinigt sind, wie dieß zu einem Arrest-erkenntniß erfordert wird. [14]

c) Der Schuldner behauptet, außer den in den Status activus aufgenommenen noch weitere Forderungen zu haben, was fast bei allen Ganten gegen Gewerbs- und Handelsleute vorkommt. Den Beweis hat hier der Schuldner zu führen, denn er behauptet, daß ihm noch diese weiteren Vermögenstheile zu Gebote stehen, und er muß die erforderlichen Mittel zur Befriedigung seiner Gläubiger beschaffen, wenn er den Gant von sich abwenden will. Diesen Satz erkennt auch das IV. Edikt vom 31. Dezember 1818 an, indem es in §. 161 sagt:

„Bestätigt sich (durch die Vermögensuntersuchung) der Verdacht der Ueberschuldung, und der Schuldner weiß keine befriedigenden Mittel zu Abwendung des Konkurses anzugeben, so wird die Sache dem Oberamtsgerichte vorgetragen ꝛc."

Illiquide Forderungen können aber nicht als Befriedigungsmittel betrachtet werden, folglich hat der Schuldner, soll sein Vorbringen beachtet werden, mindestens eine genügende Bescheinigung für die Existenz der bestrittenen Aktivausstände beizubringen. Ist nur die Einbringlichkeit solcher Forderungen bestritten, so wird sich in der Regel durch Beibringung obrigkeitlicher Vermögenszeugnisse über die Schuldner erheben lassen, ob die Ausstände so exigibel sind, daß sie als Massebestandtheile von Werth betrachtet werden können. Diese Erhebung hat daher auch

---

[14] Schütz in seinem Civilprozeß S. 471 führt zwar an, das K. Obertribunal habe am 10. Nov. 1828 den allgemeinen Grundsatz ausgesprochen, daß bei Berechnung des Passivstandes die illiquiden Schulden ebenso in Berechnung zu nehmen seien, wie die liquiden. Nach einer Bemerkung in Sarwey's Monatschrift Bd. XI, S. 422, Note *) ist jedoch die Angabe von Schütz unrichtig und vom Obertribunal kein allgemeiner Grundsatz ausgesprochen, die Entscheidung vielmehr an die gegebenen Verhältnisse des Falls angeknüpft worden.

Digitized by Google

da, wo es bei der Beurtheilung der Insolvenz gerade auf diese Forderungen ankommt, in der Regel immer vor der Fällung des Ganterkenntnisses zu geschehen.

d) Wie es manchmal vorkommt, daß der Schuldner fälschlicher Weise Gläubiger angibt und aus betrüglicher Absicht einen Gant herbeizuführen sucht (vergl. oben ad 1), so geschieht es umgekehrt noch viel häufiger, daß der Schuldner einzelne seiner Gläubiger verschweigt, um den Gant von sich abzuwenden. Erhebt sich in dieser Richtung ein gegründeter Verdacht, so ist das Gericht verpflichtet, zuvörderst mit dem Schuldner die erforderlichen Verhandlungen zu pflegen und durch Vernehmung der hauptsächlich betheiligten Gläubiger, sowie durch Einsichtnahme der Hausbücher ꝛc. der Sache auf den Grund zu sehen. Läßt sich aber nichts Bestimmtes ermitteln, so kann auf solche blos vermuthete Gläubiger bei der Frage: ob eine Insolvenz vorhanden sei? keine weitere Rücksicht genommen werden. Wenn durch die bekannten Forderungen eine Insolvenz nicht begründet wird, darf auf den bloßen Verdacht hin, daß noch mehrere Gläubiger vorhanden sein möchten, der Gant nicht erkannt werden.[15] Kaum der Bemerkung bedarf es, daß hiebei die Privatkenntniß des Richters nicht in Betracht kommt. Wohl aber müssen alle dem Gerichte amtlich bekannten Gläubiger hiebei in Berechnung genommen werden, und

[15] Pfeifer in Sarwey's Monatschrift Bd. XI, S. 426, 427, und Fecht, Konkursverfahren S. 88, 89 nehmen zwar an, daß, wenn der Verdacht durch die Vernehmung des Schuldners nicht beseitigt werde, eine Ediktalaufforderung an die unbekannten Gläubiger unter dem Rechtsnachtheil zu erlassen sei, daß nach fruchtlosem Ablaufe des Termins von dem Gantverfahren abgestanden würde. Allein es läßt sich nicht rechtfertigen, auf einen bloßen vagen Verdacht hin, der sich weder durch die Vermögensuntersuchung, noch durch die Vernehmung des Schuldners näher begründen läßt, eine so tief in die Kreditverhältnisse des Staatsbürgers eingreifende Maßregel zu erlassen, und dieß um so weniger, als es Sache der unbekannten Gläubiger ist, sich zu rühren und ihre Forderungen geltend zu machen.

Digitized by Google

bei dieſer Frage iſt daher der im württembergiſchen Rechte durch den §. 32 der Juſtiznovelle vom 15. September 1822 eingeführte Unterſchied zwiſchen den aus den Gerichtsakten erſichtlichen und den auf andere Weiſe zur Kenntniß gekommenen Anſprüchen an den Gemeinſchuldner ohne Belang. Dieſe eigenthümliche Beſtimmung bezieht ſich nur auf die Präkluſion.[16] Ebenſowenig kann die Erwägung, daß vorausſichtlich nicht alle bekannten Gläubiger am Konkurſe Theil nehmen werden, das Ganterkenntniß aufhalten, denn es läßt ſich nicht präſumiren, daß Jemand auf ſein Recht verzichten werde.[17]

c) Endlich kann die Frage von der Ueberſchuldung dadurch zweifelhaft werden, daß dritte Perſonen (Prinzipalintervenienten) auftreten, welche einzelne Theile des Vermögens des Schuldners oder auch die ganze Aktivmaſſe für ſich in Anſpruch nehmen. Im erſten Falle, namentlich wenn die beſtrittenen Objekte von keinem ſehr großen Belange ſind, kommt es auf die Umſtände des einzelnen Falles an, ob dadurch das Gantverfahren aufgehalten werden darf. Letzteres iſt natürlich dann nie der Fall, wenn die Inſolvenz auch im Falle der Abweiſung des Intervenienten nicht gehoben würde. Wenn dagegen der Prinzipalintervenient die ganze Aktivmaſſe für ſich in Anſpruch nimmt, ſo kann von Erkennung des Gantprozeſſes in ſo lange nicht die Rede ſein, als die Klage des Dritten nicht rechtskräftig abgewieſen iſt. Dieß liegt in der Natur der Sache, denn wo keine Aktivmaſſe vorhanden iſt, hört alles Gantverfahren von ſelbſt auf. Daſſelbe ſetzt ſeinem Begriffe nach ſtets ein, wenn auch noch ſo kleines, Vermögen voraus, welches unter die Gläubiger vertheilt werden kann, ein Gantverfahren ohne alles und jedes Vermögen des Schuldners blos etwa zu dem Zweck, um die Rangordnung der Gläubiger feſtzuſetzen, wäre unſtatthaft, weil der Richter kein

---

[16] S. den Aufſatz im Württ. Archiv Bd. VI, S. 27 ff.

[17] Gönner a. a. O. S. 576.

Digitized by Google

Urtheil aussprechen darf, welches gar keinen materiellen Erfolg hat, das also rein in der Luft steht, und weil die Verweisung des vorhandenen Vermögens einen wesentlichen Theil des Gantverfahrens bildet. Die württembergische Gesetzgebung (IV. Edikt vom 31. Dezember 1818 §. 175 bis 177) hält die Gantverweisung für einen so integrirenden Theil des Konkursprozesses, daß es in der Regel erst von der Eröffnung dieses Aktes an die Berufung gegen das Lokationsurtheil gestattet. Anderer Meinung sind in diesem Punkte Bayer und Schweppe,[18] letzterer unter Berufung auf Mevii Decisiones VI, 337; Gründe für diese gegentheilige Meinung sind indessen nicht angegeben, und der von Bayer vorausgesetzte Fall, daß die Gläubiger gleichwohl auf Einleitung des Gantverfahrens dringen, wird wohl nie eintreten, weil sich die Gläubiger schwerlich in die Gefahr werden begeben wollen, in Ermangelung einer Aktivmasse selbst die Kosten des Gantverfahrens zu tragen.

Von richtigen und humanen Prinzipien geht die hannover'sche Prozeßordnung vom 8. November 1850 in Betreff der Bedingungen der Konkurseröffnung aus, indem sie in den §§. 607, 608 und 611 vorschreibt:

§. 607. I. Veranlassung. „Ein Konkursverfahren wird eingeleitet:

1) wenn ein Schuldner seine Vermögensunzulänglichkeit bei dem zuständigen Konkursgerichte anzeigt, oder wenn der Vertreter einer erbloſen Verlassenschaft oder des Vermögens eines Abwesenden darauf anträgt, oder wenn dieses in Folge der Antretung einer Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars erforderlich wird;

Bayer, Theorie §. 46, Note 12; Schweppe, System §. 110, S. 210—211; Mevius, Pars VI, Decisio 337, p. 114 redet nur von der Nothwendigkeit, das Gantverfahren möglichst zu beschleunigen und sagt hiebei: der Richter dürfe Verzögerungen nicht zulassen — „veluti quando inter creditorum jura liquida, contradicentis jus ambiguum aut obscurum est, nectam cito potest deduci."

2) wenn ein oder mehrere Gläubiger dasselbe beantragen."

§. 608. II. Verfahren. „Im Falle des von den Gläubigern beantragten Konkurses muß der Konkurseröffnung ein bei dem Konkursgerichte anhängig zu machendes Verfahren zwischen Gläubiger und Schuldner über die Vermögensunzulänglichkeit des letzteren vorhergehen.

Die Anträge der Gläubiger müssen eine glaubhafte Angabe der Forderungen, sowie solcher Thatumstände, welche die Vermögensunzulänglichkeit wahrscheinlich machen, enthalten. Wird die Konkurseröffnung nur von einem Gläubiger beantragt, so hat dieser ferner das Vorhandensein mindestens noch eines andern Gläubigers nachzuweisen.

Bleibt der Schuldner im Verhandlungstermine aus, so ist, wenn auch nur einer der Gläubiger erscheint, auf dessen Antrag das Konkurseröffnungserkenntniß abzugeben; im Ausbleibungsfalle der Gläubiger sind dieselben auf Verlangen des Schuldners mit ihrem Antrage angebrachter Massen zurückzuweisen. Erscheinen beide Theile, so hat der Schuldner über die von den erschienenen Gläubigern gestellten Anträge sich zu erklären.

Bestreitet er die Forderungen in ihrem ganzen Betrage, so muß die Vollstreckbarkeit mindestens einer derselben sofort bewiesen werden. Wenn letzteres nicht der Fall ist, oder der Schuldner die nachgewiesener Maßen vollstreckbaren Forderungen durch Einwendungen, wie sie in der Zwangsvollstreckungsinstanz zulässig sind (§. 575 ff.), entkräftet, oder die Gläubiger wegen derselben unverzüglich befriedigt, oder seine Vermögenszulänglichkeit außer Zweifel setzt, so ist der Antrag auf Konkurseröffnung zurückzuweisen.

Die Vermögenszulänglichkeit ist auf Grund eines vom Schuldner vorzulegenden, genauen Vermögensverzeichnisses darzuthun."

§. 611. V. Erkenntniß. „Das im Falle des §. 607 unter 1 sofort, im Falle unter 2 nach vorgängigem Ver-

Digitized by Google

fahren (§. 608), vom Konkursgerichte abzugebende Konkurseröffnungserkenntniß ist dem Schuldner (Vertreter), sowie denjenigen Gläubigern, auf deren Antrag dasselbe erlassen wurde, schleunigst bekannt zu machen. Mit dem Zeitpunkte der Bekanntmachung des Erkenntnisses an den ersteren gilt der Konkurs für eröffnet, nnd tritt der Verlust des Verfügungsrechtes desselben über sein Vermögen ein. Den Eintritt dieses Verlustes hat das Gericht schleunigst durch Anschlag an der Gerichtstafel des Amtsgerichtes und des demselben vorgesetzten Obergerichtes, durch Einrücken in die nächste Nummer des öffentlichen Anzeigeblattes der Stadt oder der Provinz, in welcher es seinen Sitz hat, auch nach Ermessen auf andere geeignete Weise, öffentlich bekannt zu machen."

Hiezu bemerkt Oppermann:[19]

„Während die Prozeßordnung von 1847 die Veranlassungsgründe zum Konkurs erweitert hatte, auf der Basis der offiziellen Kenntnißnahme, kennt das Gesetz konsequent nur zwei Gründe, Anzeige der Insolvenz durch den Schuldner selbst und Antrag der Gläubiger. Der Richter hat ex officio niemals ein Konkursverfahren zu veranlassen, mag er als Beaufsichtiger vakanter Erbschaften und des unter gerichtlicher Aufsicht stehenden Vermögens eines Abwesenden von der Unzulänglichkeit des Vermögens Kenntniß erhalten, oder durch Einsprachen dritter Personen in der Exekutionsinstanz diese Ueberzeugung erhalten. Damit fällt denn auch der strenge Unterschied, welchen die Prozeßordnung von 1847 zwischen Konkurseröffnungsverfahren von Amtswegen, und demjenigen auf Antrag der Gläubiger machte, und die Gläubiger stehen dem Richter immer als Partei gegenüber, ihre Stellung als Gehilfen des Richters hört auf."

Es versteht sich von selbst, daß insolange, als die Frage

---

[19] Die allgemeine bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover S. 265.

Digitized by Google

über das Vorhandensein einer Ueberschuldung noch nicht festgestellt ist, wenigstens alle erforderlichen Sicherungsmaßregeln zur Erhaltung der Aktivmasse im Interesse der Gläubiger getroffen werden müssen.[20] In diesem Punkte namentlich muß das Gericht mit der größten Vorsicht verfahren, und wird eher etwas zu viel, als zu wenig thun, um sich gegenüber von der Kreditorschaft nicht später einer Verantwortung auszusetzen.[21]

Eigentliche Rechtsmittel gegen die Einleitung des vorbereitenden Verfahrens gibt es nicht, weil dieß auf keinem richterlichen Urtheil beruht, sondern nur einfache Beschwerden an den nächst höheren Richter, die gegen jede gerichtliche und außergerichtliche Verfügung des Gerichtes statthaft sind.[22] Dieselben haben übrigens nach der Natur derartiger Beschwerden stets einen Suspensiveffekt, vorbehältlich derjenigen Maßregeln, bei denen Gefahr auf dem Verzuge haftet, und die durch die Besorgniß der augenblicklichen Verschleuderung oder Beseitigung von Massetheilen diktirt sind.

---

[20] Pfeifer a. a. O. S. 429 ff.; Schweppe a. a. O. §. 109; Bayer, Theorie §. 47; Linde, Lehrbuch §. 432; IV. Edikt vom 31. Dezember 1818 §. 160.

[21] Auch hier darf wieder die hannover'sche Prozeßordnung als Muster angeführt werden, indem sie in §. 610 bestimmt: IV. Einstweilige Verfügungen. „Ist die Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners wahrscheinlich und eine Gefährdung der Gläubiger zu besorgen, so hat das Amtsgericht auf Antrag der letzteren und im Falle des §. 609 selbst von Amtswegen dem Schuldner das Verfügungsrecht einstweilen zu entziehen, Sicherungsmaßregeln anzuordnen, Zwangsvollstreckungen zu sistiren, auch einen einstweiligen Kurator zu dem im §. 612 bezeichneten Zwecke zu bestellen. Die Entziehung des Verfügungsrechtes ist in der im §. 611 vorgeschriebenen Weise öffentlich bekannt zu machen. Erfolgt die Anordnung der einstweiligen Verfügung auf Antrag, so richtet sich die Anfechtung derselben nach den Vorschriften des §. 516; erfolgte sie dagegen von Amtswegen, so greift die Beschwerde wider das Gericht Platz." Oppermann a. a. O. S. 268.

[22] Vergl. Schäfer, das Verfahren in bürgerlichen Streitsachen S. 244, 507.

Digitized by Google

§. 4.

Fällung des Ganterkenntnisses und Rechtsmittel dagegen.

Findet der Richter auf den Grund des vorbereitenden Verfahrens, daß die Bedingungen der Einleitung des Konkursprozesses vorhanden seien, so fällt er das Ganterkenntniß, im gemeinen Rechte gewöhnlich Decretum de aperiundo concursu genannt. Hierunter versteht man die formelle Erklärung des Gerichtes, daß Jemand überschuldet sei, und daher, weil sein Vermögen zur Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger nicht ausreiche, das für dessen Vertheilung von den Gesetzen vorgeschriebene Verfahren über sich ergehen zu lassen habe. Das Ganterkenntniß ist nicht eine bloß außergerichtliche oder prozeßleitende Verfügung, es ist ein förmliches, und zwar sehr bedeutungs- und verhängnißvolles richterliches Urtheil, welches daher von dem Gerichte in den für Erkenntnisse vorgeschriebenen Formen ausgesprochen werden muß. Das württembergische Recht (§. 161 vergl. mit §. 144 des IV. Ediktes vom 31. Dezember 1818 und §. 10 der Justiznovelle vom 15. September 1822) ordnet ausdrücklich bei dem Ganterkenntniß die gleiche Besetzung des Gerichtes an, wie bei anderen Urtheilen.

In Württemberg werden die Ganterkenntnisse regelmäßig nur bedingt ausgesprochen, nämlich „für den Fall, daß kein Borg- oder Nachlaßvergleich zu Stande kommen sollte.“ [1] Diese durch die Praxis eingeführte und seit langer Zeit bestehende Formel läßt sich aber nicht rechtfertigen, schon darum nicht, weil sie zweideutig ist und unentschieden läßt, ob man sie als eine Suspensiv- oder als eine Resolutivbedingung aufzufassen habe, Unklarheiten, die in einem Urtheil mehr als irgendwo anders vermieden werden müssen. Eben darum kann diese Klausel, die richtiger Weise nur

[1] Vergl. Sarwey, Monatschr. Bd. V, S. 105; Bd. XI, S. 437, §. 13.

Digitized by Google

als eine resolutive Bedingung aufgefaßt werden kann, weil ja durch sie das Gantverfahren in keiner Weise aufgehalten wird, leicht zu Irrthümern und Mißgriffen führen, wenn es sich im Falle des Eintritts der Bedingung um die Konsequenzen des Ganterkenntnisses handelt. Im Grunde aber ist sie nichtssagend, weil es sich ganz von selbst versteht, daß das Gantverfahren in dem Augenblicke aufhört, wo ein Borg- oder Nachlaßvergleich zu Stande kommt. Jedenfalls ist sie, und das ist unter allen Umständen der entscheidende Grund für ihre Verwerfung, ungesetzlich, weil das Gesetz (§. 161 und 162 des IV. Edikts vom 31. Dezember 1818) kein bedingtes Ganterkenntniß kennt. Dem Verfasser ist nur ein Schriftsteller bekannt, welcher jene Formel vertheidigt, nämlich Hufnagel,[2] und zwar darum, weil der Art. 363 des Strafgesetzbuches vom 1. März 1839 die Strafe des fahrlässigen Schuldenmachens von dem Eintritt der Rechtskraft des Ganterkenntnisses abhängig mache. Allein wie wenig dieser Grund durchgreifend ist, hat Pfeifer[3] sehr klar nachgewiesen. Daß aber von den höheren Gerichten jene Praxis noch nicht beseitigt worden ist, wie Fecht[4] anführt, beweist nicht, daß sie gesetzlich gerechtfertigt sei, weil die Obergerichte in allen dem bürgerlichen Prozesse angehörigen Dingen so wenig als möglich einzugreifen berufen und geneigt sind, wenn nicht über einen bestimmten Punkt besondere Beschwerde erhoben wird. Jedenfalls könnte auch eine stillschweigende Billigung an der Verwerflichkeit jener Praxis nichts ändern, weil weder die Ober-, noch die Untergerichte eine Erkenntnißform einführen dürfen, die gegen den Buchstaben und Geist der Gesetze verstößt, und weder durch eine innere Nothwendigkeit, noch durch irgend einen andern Rechtsgrund gerechtfertigt ist.

---

[2] In seinem Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. II, S. 654.
[3] In Sarwey's Monatschr. Bd. XI, S. 437 ff.
[4] In seinem Konkursverfahren S. 92, 93.

Digitized by Google

Das Ganterkenntniß ist von demjenigen Gerichte auszusprechen, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, also in der Regel von dem Gerichte seines Wohnorts. Hat der Gemeinschuldner mehrere Wohnorte,[5] so entscheidet die Prävention; genießt er einen befreiten Gerichtsstand, so gibt dieser den Ausschlag.[6] Eine Ausnahme macht der Partikularkonkurs, d. h. das von dem allgemeinen Gante getrennte, über einen besonderen Komplex von Vermögenstheilen des Gemeinschuldners verhängte Gantverfahren; für letzteres ist dasjenige Gericht zuständig, in dessen Bezirke die besondere Gütermasse sich befindet.[7]

Das Gantverfahren kann nur gegen ein bestimmtes Rechtsindividuum, bestehe dieß aus einer physischen oder juristischen Person, gerichtet werden; ebenso gegen eine Mehrheit solcher Personen, die in einer Rechtseinheit stehen, z. B. gegen die in unbeschränkter allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten, weil deren beiderseitiges Vermögen eine ungetrennte Masse darstellt, deren Haupt und Repräsentant der Ehemann ist. Dagegen ist ein Gantverfahren gegen eine gemeinrechtliche Societät, d. h. gegen eine Gesellschaft im römisch-rechtlichen Sinne, die kein Begriffsganzes bildet, wie die moralische Person, unstatthaft, weil jeder Gesellschafter als ein besonderes Rechtssubjekt erscheint, das sich in seiner eigenen Rechtssphäre unabhängig von seinen Mitgesellschaftern bewegt. Wenn sich daher auch ein Partikularkonkurs gegen das von mehreren Personen in eine solche Gesellschaft eingeworfene Vermögen denken läßt, so ist doch das Gantverfahren gegen die Gesellschaft als solche rechtlich

---

[5] Dies ist rechtlich möglich. Vergl. Schmid, Handbuch Thl. I, §. 43, S. 80—81; Linde, Lehrbuch §. 88.

[6] Schweppe, System §. 92; Martin, Lehrbuch §. 313; Dabelow, Konkurs (1801) S. 716; Linde, Lehrb. §. 434; Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. II, S. 354; Gönner, Handb. Bd. IV, Abh. 82, §. 13, S. 535 ff.

[7] Gönner a. a. O. §. 12, S. 528.

Digitized by Google

nicht möglich, sondern es sind immer die einzelnen Gesellschafter, gegen welche das Ganterkenntniß gerichtet ist. Eine Societät im römischen Sinne als solche hat keine rechtliche Persönlichkeit, kann also auch in keiner Beziehung als Rechtssubjekt betrachtet und behandelt werden. Dagegen kann der Gant gegen alle sogenannten Kollektivgesellschaften (deutschrechtliche Genossenschaften) erkannt werden, welche, obwohl sie keine juristische Persönlichkeit haben, doch im heutigen Rechte den Wirkungen nach in vielen Beziehungen wie ein Rechtssubjekt behandelt werden. Dahin gehören insbesondere Handelsgesellschaften und Aktiengesellschaften. Im Einklange mit diesen den Anforderungen der gegenwärtigen Zeit entsprechenden Rechtsgrundsätzen setzt das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch Art. 122, 169, 213 und für Württemberg das Einführungsgesetz zu demselben vom 13. August 1865 Art. 40 und 42 fest, daß gegen gewisse Arten von Handelsgesellschaften der Gant erkannt werden könne. Hiedurch werden im Falle eines Gantes eine Reihe von Verwicklungen und Weitläufigkeiten vermieden, die aus der Vermengung des Gesellschaftsvermögens mit dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter entstehen müßten.

Aus der Natur und dem Wesen des Ganterkenntnisses folgt, daß alle ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmittel gegen dasselbe zulässig sein müssen, wie gegen jedes andere Urtheil. Dies ist auch allgemein angenommen.[8] Und zwar stehen diese Rechtsmittel nicht nur dem Schuldner zu, wenn der Gant gegen ihn erkannt wird, sondern auch den Gläubigern, wenn das Gericht ihren Antrag auf Einleitung des Gantverfahrens verwirft. Dies folgt aus dem Prinzipe der Gleichheit der Parteien, und es folgt

[8] Schmid, Handb. Thl. III, S. 287, 288; Linde, Lehrb. §. 431 a. E.; Bayer, Theorie §. 46 S. 152; Gönner, Handb. Bd. IV, Abh. 82, §. 25, S. 569; Martin, Lehrb. §. 326; Schweppe, System §. 110; Bolley, Entw. und Anträge Bd. II, §. 1738; Pfeifer in Sarwey's Monatschr. Bd. XI, S. 429.

Digitized by Google

daraus, daß die Gläubiger ihrer Seits ebenso dabei interessirt sind, daß das Gantverfahren durchgeführt werde, wie der Schuldner ein Interesse an dem Gegentheil hat.

Das württembergische Recht enthält hier mehrfache offenbar zum Zwecke der Beschleunigung des Verfahrens eingeführte Abweichungen vom gemeinen Rechte. Das IV. Edikt verordnet nemlich in §. 163, daß gegen das Ganterkenntniß kein eigentliches Rechtsmittel Statt finden, sondern dem Gemeinschuldner nur das Recht zustehen solle, innerhalb 30 Tagen bei dem Kreisgerichtshofe den Rekurs zu ergreifen. Hieraus ergeben sich mehrere Folgerungen:

a. Das Recht des Schuldners ist bezüglich des Instanzenganges beschränkt, denn das Gesetz räumt ihm mit klaren Worten nur zwei Instanzen ein; bei dem Rekurserkenntniß des Gerichtshofes hat es sein Verbleiben, und es findet gegen dasselbe keine weitere Beschwerde, auch nicht einmal eine Nichtigkeitsbeschwerde mehr statt. Dies wurde auch von dem Obertribunal schon am 30. Juli 1821 anerkannt. [9]

b. Das württembergische Recht gestattet den Gläubigern weder den Rekurs, noch sonst ein Rechtsmittel gegen das ihren Antrag auf Einleitung des Gantverfahrens verwerfende Urtheil. In diesem Punkte weicht Pfeifer [10] ab, indem er annimmt, daß auch den Gläubigern ein Rekursrecht zustehe, weil sich daraus, daß das Gesetz eines solchen Rechtes nicht erwähne, noch nicht folgern lasse, daß dasselbe den Gläubigern habe entzogen werden wollen, da ja auch in dem Falle, wo der Richter ohne Antrag der Gläubiger den Gant erkenne, derselbe dies lediglich um ihretwillen thue. Allein daraus, daß der Richter im Interesse der Gläubiger das Gantverfahren einleitet, (was in dieser Allgemeinheit übrigens nicht richtig ist,) folgt wohl nicht,

---

[9] Berner, Organisations-Edikt S. 88, §. 164, Note 1; Fecht, a. a. O. S. 171.

[10] In Sarwey's Monatschrift Bd. XI, S. 428, 429.

Digitized by Google

daß die Gläubiger ein Rekursrecht haben, wenn der Richter die Einleitung des Gantverfahrens nicht für begründet findet, da in beiden Fällen ganz verschiedene Faktoren wirken. Und für die weitere Behauptung, daß jenes Rekursrecht im Geiste des IV. Ediktes liege, ist kein Beweis geführt. Es ließe sich vielleicht eher das Gegentheil annehmen, denn das Gesetz hat bei allen seinen Bestimmungen hauptsächlich den Schuldner im Auge und räumt diesem Schutzmittel gegen die richterlichen Verfügungen ein, während es die Interessen der Gläubiger in der Hauptsache durch den Richter von Amtswegen vertreten läßt, dieselben also nicht mit Palliativmitteln zu umgeben braucht. Wie dem aber auch sein mag, so darf eine Bestimmung aus dem Geiste des Gesetzes nur dann ergänzt werden, wenn das Gesetz über einen gewissen Punkt weder eine ausdrückliche Bestimmung enthält, noch die Analogie Platz greift, wenn also eine offenbare Lücke vorhanden ist. Dies nimmt Pfeifer zwar an, es ist jedoch nicht der Fall. Der §. 163 cit. sagt wörtlich: „Gegen dieses Erkenntniß findet zwar kein eigentliches Rechtsmittel statt; doch kann der Gemeinschuldner dagegen innerhalb 30 Tagen beim Kreisgerichtshofe den Rekurs ergreifen." Da man nun annehmen muß, daß der Gesetzgeber mit Absicht gesprochen habe, und da bei der Auslegung der Gesetze davon ausgegangen werden muß, daß kein Wort ohne Bedeutung gewählt worden sei, so folgt vermöge eines argumenti a contrario, daß, weil das Gesetz den Rekurs nur dem Schuldner eingeräumt hat, es solchen den Gläubigern nicht habe einräumen wollen. Dieser Schluß ist um so mehr gerechtfertigt, als das württembergische Gesetz gerade in diesem Punkte Abweichungen vom gemeinen Rechte eingeführt, als es die Schutzmittel gegen das Ganterkenntniß nach verschiedenen Seiten hin beschränkt hat, und weil es also, wenn es weiter hätte gehen wollen, als seine Worte sagen, dies nothwendig auf irgend eine Weise hätte ausdrücken oder wenigstens andeuten müssen. Die Frage von dem

Digitized by Google

Rekursrechte der Gläubiger wird übrigens dann ohne praktische Bedeutung sein, wenn der Richter die Einleitung des Gantverfahrens aus dem Grunde ablehnt, weil keine Ueberschuldung vorliege. Denn in diesem Falle muß das Exekutionsverfahren eintreten, und dagegen wird sich wohl kein Gläubiger beschweren. Wenn aber ein Gläubiger, dessen Forderung exekutionsreif ist, im Exekutionswege zur Befriedigung gelangen soll, während ein anderer Gläubiger, weil seine Forderung noch nicht ausgeklagt ist, den Ablauf der Zahlungsfrist erst abwarten muß, so kann dieser letztere Gläubiger Grund zu der Besorgniß haben, daß seine Befriedigung Gefahr laufe, falls die exekutionsreife Forderung vor ihm zur Befriedigung gelangen würde. Wird in einem solchen Falle sein Antrag auf Einleitung des Gantverfahrens abgeschlagen, so steht ihm zwar kein Rekurs, aber wie in andern Exekutionssachen ein Beschwerderecht bis zur obersten Instanz zu (vergl. das Gesetz vom 13. Nov. 1855, Art. 10, Reg.-Bl. S. 82).

c. Das Gesetz bindet die Ergreifung des Rekurses an die Frist von 30 Tagen. Hieraus folgt, daß der Schuldner nach Ablauf dieser als Nothfrist wirkenden Frist keinen Rekurs mehr ergreifen kann und daß das Ganterkenntniß rechtskräftig wird. Dies kann in dem Falle keinem Zweifel unterliegen, wenn der Gemeinschuldner innerhalb 30 Tagen den Rekurs nicht *anmeldet*, denn daraus, daß das Gesetz sagt: der Schuldner könne *innerhalb* jener Frist den Rekurs ergreifen, folgt umgekehrt, daß er ihn *nach* derselben nicht mehr ergreifen kann. Unter dem *Ergreifen* eines Rechtsmittels versteht man aber die Anzeige, daß man sich desselben bedienen wolle. Wie nun aber, wenn zwar der Rekurs rechtzeitig angemeldet, aber nicht ausgeführt, d. h. keine Beschwerdeschrift eingereicht wird? In diesem Falle geben die Gerichtshöfe, ohne weiter auf die Beschwerde einzugehen, die Akten dem Untergerichte in der Regel mit der Bemerkung zurück, daß, nachdem eine Rekursschrift binnen 30 Tagen nicht eingekommen, das weiter Geeignete

Digitized by Google

in der Sache zu verfügen sei. Diese Behandlung scheint nicht dem Gesetze gemäß zu sein. Letzteres verlangt zur Wahrung des Rekursrechtes nichts weiter, als die Ergreifung, d. h. die Anmeldung des Rekurses. Ob der Rekurrent seine Beschwerde ausführen will oder nicht, steht in seinem freien Belieben; dies ergibt sich namentlich aus der Vergleichung des §. 163 mit §. 155 des IV. Edikts, wo für die Appellation ausdrücklich die Einreichung einer Beschwerdeschrift als wesentlich vorgeschrieben ist. Daraus ergeht der Schluß, daß, wenn einmal der Rekurs angemeldet ist, der Oberrichter stets die Akten zu prüfen, und wenn er nach deren Inhalt den Rekurrenten durch das Ganterkenntniß beschwert findet, letzteres aufzuheben hat, denn der Gemeinschuldner braucht nichts weiter zu thun, als anzuzeigen, daß er rekurriren wolle, wie dies auch bei dem Rekurs gegen gerichtliche Straferkenntnisse der Fall ist [11] (Art. 374 ff. der Strafprozeßordnung vom 22. Juni 1843).

Weiteres über die Formalitäten dieses Rekurses hat Fecht richtig angeführt. [12] Daß derselbe einen Suspensiv-Effekt haben solle, ist im Gesetze, §. 163 und 164 des IV., Ediktes ausdrücklich bestimmt.

§. 5.

Wirkungen des Ganterkenntnisses.

I. Hinsichtlich des Gerichtes.

Zuständig für das Gantverfahren ist, wie schon oben (§. 4) angeführt wurde, das Gericht des Wohnortes, beziehungsweise des privilegirten Gerichtsstandes des Schuldners, als dessen allgemeines forum, wo er rerum ac fortunarum suarum summam constituit. l. 7 C. de incolis (10, 39.) Hiefür lassen sich nicht nur Zweckmäßig-

[11] Anders ist es bei den Rekursen gegen außergerichtliche Strafverfügungen §. 16—19 des Gesetzes vom 26. Juni 1821, Reg.-Bl. S. 373.

[12] Fecht, das Konkursverfahren S. 170, 171.

Digitized by Google

keitsgründe anführen, so ferne der Schuldner an seinem Wohnorte regelmäßig den größten Theil seines Vermögens besitzt, in den mannigfaltigsten obligatorischen Verbindungen steht, daher seine meisten Gläubiger um sich her hat, und hier auch bei öffentlichen Behörden und aus öffentlichen Büchern die reichlichsten und zuverlässigsten Nachrichten über seine persönlichen und Vermögensverhältnisse zu erlangen sind; sondern es entscheidet auch der Rechtsgrund, daß bei diesem Gerichte die Gläubiger auf Befriedigung klagen müssen. Es sind daher auch in diesem Punkte die Rechtsgelehrten meistens einerlei Meinung. [1] Hat der Schuldner mehrere Wohnorte, so entscheidet die Prävention. [2] Sind einmal von Seite des Gerichtes solche Handlungen vorgenommen worden, welche die Rechtshängigkeit begründen, so ändert ein Wechsel des Wohnortes des Gemeinschuldners nichts mehr; der Gant wird bei demjenigen Gerichte zu Ende geführt, bei welchem er eingeleitet wurde. Zu den Verfügungen, welche diese Wirkung haben, gehören alle diejenigen, durch welche das Gericht seine Absicht ausdrückt, das Gantverfahren, wenn auch vorerst nur in dem vorbereitenden Stadium, einzuleiten, also nicht nur die Ediktalladung, wo diese ausnahmsweise schon vor dem Ganterkenntnisse erlassen wird (nach Aussprechung desselben kann über die Litispendenz ohnehin kein Zweifel mehr bestehen), sondern auch das Veräußerungsverbot an den Gemeinschuldner, die Sicherungsmaßregeln zur Erhaltung der Aktivmasse, sowie diejenigen Handlungen, welche die Er-

[1] Linde, Lehrb. §. 434; Gönner, a. a. O. S. 535; Dabelow, Konk. Bd. I, (1792) §. 54, 55 (1801, S. 720); Kori, Konkursprozeß §. 21; Schweppe, System §. 92; Fecht, Konk.-Verf. S. 40; Schütz, Civilprozeß S. 477. Die Hannover'sche Prozeßordnung vom 8. Nov. 1850 verordnet in §. 606: „Für den Konkurs ist das Amtsgericht zuständig, vor welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat." Oppermann, d. allg. bürg. Prozeßordnung für Hannover S. 264.

[2] Schweppe, a. a. O. §. 92; Fuchs, das Konkursverfahren §. 12, S. 70.

Digitized by Google

hebung des Vermögens- und Schuldenstandes bezwecken, wie in Württemberg die Vermögensuntersuchung. [3] (IV. Edikt §. 160).

Die deutsche Doktrin und Praxis hat, abweichend vom römischen Rechte, das Konkursverfahren auf das Prinzip der Einheit und Allgemeinheit gestellt. Das Konkursverfahren beruht nemlich wesentlich darauf, daß das Vermögen des Gantmanns zur Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger nicht hinreiche. Dies hat die Folge, daß Jeder durch die Geltendmachung seines Rechtes das Recht des Andern beschränkt, und um diese Kollision zu regeln, haben die Gesetze angeordnet, daß gewisse Forderungen einen Vorrang vor andern haben, und mehrere gleich stehende nach Proportion befriedigt werden sollen. Dieses Verfahren läßt sich aber nur dann gegenüber von allen Gläubigern gleichmäßig, also gerecht, durchführen, wenn es nach denselben Gesetzen und von demselben Gerichte durchgeführt wird. Darum hat sich der Satz festgestellt, daß alles disponible Vermögen des Schuldners, liege dasselbe auch in noch so vielen Bezirken zerstreut, in foro concursus zusammenfließen und hier vertheilt werden solle. Dies ist die Universalität des Konkurses. [4]

---

[3] Schweppe, System §. 186; Fecht, Konkursverfahren S. 41. Die Behauptung von Schütz, Civilprozeß S. 478, daß nach württemb. Praxis durch die Vermögensuntersuchung Litispendenz nicht begründet werde, ist grundlos, da eine solche Praxis nicht besteht.

[4] Gensler, Komm. zu Martin ad §. 310—313; im Archiv für civ. Praxis Bd. II, S. 347, 350; Danz, summar. Prozeß, §. 158—160; Klaproth, summar. Prozeß §. 297; Heffter, System §. 534, 536, 538; Weiske, Rechtslexikon Bd. II, S. 814, 841, 851; Martin, Lehrbuch §. 313; Puchta, Beiträge Bd. II, §. 20, 22, S. 51, 53, §. 26, S. 59; Gönner, Handb. Thl. IV, Abh. 82, §. 5, 9 ff.; Hofacker, Jahrbücher Bd. III, S. 224; Reinhardt, die Lehre vom Gant §. 55, 102 ff.; Bayer, Theorie §. 21, 34; Bolley, Entwürfe Bd. II, §. 1709, 1713, 1713 a, 1713 b; Dabelow, Konk. (1792) Bd. I, §. 57 ff.; Schweppe, System,

Digitized by Google

Ausnahmsweise findet jedoch ein Partikularkonkurs über einzelne Theile oder Parthieen des gemeinschuldnerischen Vermögens statt, was sich sowohl vor dem Konkursgericht begeben kann, wenn z. B. mehrere Gläubiger an einzelne Objekte ein abgesondertes Recht verfolgen und dieselben daher von der gemeinen Masse ausgeschieden werden müssen, als auch vor anderen Gerichten, wenn z. B. ein Theil des Vermögens des Gemeinschuldners, etwa eine Fabrik, im Auslande liegt und vom dortigen Gerichte nicht zu der allgemeinen Konkursmasse herausgegeben, sondern nach den dort geltenden Grundsätzen unter diejenigen Gläubiger vertheilt wird, die einen besondern Anspruch darauf machen. [5]

---

§. 11, 93; Fecht, Konk.-Verf. §. 21, 34 und S. 130; Linde, Lehrb. §. 429, 434; Mackeldey, Lehrb. §. 764; Weishaar, über Konkurs und Präkurs S. 149 ff.

[5] Fuchs, das Konkursverfahren §. 23, S. 127 ff.; Schweppe, a. a. O. §. 93; Gönner, a. a. O. §. 12, S. 528, 535; Bayer, a. a. O. §. 21. Für Württemberg sind die betreffenden Bestimmungen enthalten in den Staatsverträgen mit Bayern vom 31. Aug. 1821 §. 11 ff. (Reg.-Bl. S. 650), mit Baden vom 3. Jan. 1826 Art. 9 ff. (Reg.-Bl. S. 15), mit Sigmaringen und Hechingen vom 28. April 1827, Art. 8 ff. (Reg.-Bl. S. 155.) In Württemberg gilt noch eine besondere Bestimmung, welche in folgendem Falle zur Anwendung kam. In der Konkurssache der Leben- und Renten-Versicherungs-Societät H. zu Hamburg hatte das Untergericht über das in Württemberg befindliche Vermögen dieser Gesellschaft den Partikularkonkurs erkannt und der Gerichtshof die hiegegen erhobene Beschwerde verworfen. Die Sache wurde im Wege weiterer Beschwerde an das Obertribunal gebracht und letzteres rescribirte am 21. April 1860:

Nach den bestehenden Vorschriften, insbesondere nach dem Normalerlaß des K. Justizministeriums vom 9. Februar 1818 (Reyscher, Gerichtsgesetze Bd. IV, Abth. 1, S. 554) — vergl. die Justizministerial-Erlasse vom 16. Jan. 1810 und 28./29. Februar 1812 (Reyscher, a. a. O. S. 225 und 348) und das Dekret des K. Oberjust.-Kolleg. II. Sen. vom 30. Jan. 1810 (Reg.-Bl. S. 43) — sind die Bezirksgerichte und die Gerichtshöfe angewiesen, in allen Konkursfällen, wo einzelne Vermögenstheile des Gemeinschuldners

Digitized by Google

Ist das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners in den Händen des Gantgerichts vereinigt, so hat letzteres die Pflicht, dasselbe den bestehenden gesetzlichen Vorschriften

---

in auswärtigen Territorien gelegen sind und dem ausländischen Gantgerichte vorenthalten werden wollen, oder wo solche einzelne im Königreich befindliche Vermögenstheile eines Fremden von dem auswärtigen Gantgerichte zu der dortigen Universalmasse reklamirt werden, die Akten dem Obertribunal zu weiterer Verfügung vorzulegen, und auch das Obertribunal soll, wenn irgend ein Anstand vorzuliegen scheint, die Sache nicht selbst erledigen, sondern dem Justizministerium Anzeige machen und dessen Entscheidung abwarten. Hienach haben die beiden vorigen Richter ihre Befugnisse überschritten, und auch das Obertribunal war bei den dermaligen Anständen nicht in der Lage, über die von den Massekuratoren an dasselbe gebrachte weitere Beschwerde ohne vorgängige Anfrage bei dem Justizministerium zu erkennen. Diese Anfrage erfolgte, und die letztere Behörde verfügte den Partikularkonkurs über das in Württemberg befindliche Vermögen der Gesellschaft, welches zu ihrem besondern daselbst betriebenen Versicherungsgeschäft gehört habe, in der Art, daß hiebei ohne Rücksicht auf Nationalität und Wohnsitz alle Gläubiger, deren Forderungen aus dem inländischen Geschäftsbetriebe herrührten, sonst aber keine weiteren Forderungsberechtigten zugelassen werden sollen, und die Entscheidung etwaiger Rechtsstreitigkeiten darüber, ob bestimmte in Württemberg sich vorfindende Vermögenstheile zu dem inländischen Geschäftsbetriebe der Gesellschaft gehört haben, und ob die Forderungen bestimmter Gläubiger solche seien, welche aus dem inländischen Geschäftsbetriebe herrühren, den württemb. Gerichten vorbehalten bleiben solle. — Die Hannover'sche Prozeßordnung vom 8. Novbr. 1850 verordnet in §. 605: II. Umfang des Konkurses. „Der Konkurs erstreckt sich, vorbehältlich der gesetzlich bestimmten Ausnahmen, auf das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners. (vergl. auch §. 598.) Wird gegen einen Ausländer, der im Inlande Vermögen besitzt, von einem ausländischen Gerichte Konkurs erkannt, so ist, insofern nicht Staatsverträge oder besondere Gesetze ein Anderes vorschreiben, über dieses Vermögen auf Antrag der dabei interessirten Gläubiger, ein besonderes Konkursverfahren (Partikularkonkurs) einzuleiten. Nur der nach Beendigung desselben sich ergebende Ueberschuß wird an das ausländische Gericht abgeliefert. Dasselbe gilt, wenn über die Erbschaft eines Ausländers Konkurs eröffnet wird."

Digitized by Google

gemäß zum öffentlichen Verkaufe zu bringen. Denn eine richtige Vertheilung desselben ist nur dann denkbar, wenn das Vermögen nicht mehr in Natur, sondern im Geldwerthe vorhanden ist und diese Verwandlung steht nicht den Gläubigern zu, wie es bei der römischen missio in bona wenigstens in gewissem Grade der Fall war, [6] sondern nur dem Gerichte. Die Gläubiger haben zwar das Recht, ihre Anträge bei Gericht zu stellen, und letzteres ist verbunden, sie, wenn keine Hindernisse im Wege liegen, zu beachten. Soll jedoch von den gesetzlichen Vorschriften abgewichen werden, so ist nicht nur die Zustimmung der hiebei betheiligten Gläubiger, sondern insbesondere auch des Gemeinschuldners erforderlich, weil dieser ein Recht darauf hat, daß der Verkauf seiner Güter, wie überhaupt sein ganzes Schuldenwesen nach den bestehenden Anordnungen der Gesetze behandelt werde, und weil er bei jedem Veräußerungsakte insoferne interessirt ist, als er durch den Gant nicht definitiv von seinen Schulden befreit wird, sondern später, wenn er wieder zu Vermögen kommt, von den durchgefallenen Gläubigern immer wieder in Anspruch genommen werden kann, ihm also auch nach der cessio bonorum noch immer sehr viel daran gelegen ist, daß ein möglichst hoher Erlös aus seinem Vermögen erzielt werde. [7] Aus dem letztern Grunde räumt das württembergische Recht

---

[6] Vergl. Oppermann, die allgem. bürgerl. Prozeßordnung für Hannover S. 263 f., nemlich sofern die Gläubiger einen magister, per quem bona veneant aufstellten, während der Zuschlag unter Mitwirkung der Obrigkeit erfolgte. — Jubet Praetor convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum, per quem bona veneant, nam vivi bona XXX, mortui vero XX emptori addici jubet. Gaii Inst. Lib. III, §. 79; Hugo, Rechtsgeschichte S. 614; Bayer, Theorie §. 7.

[7] Dabelow, a. a. O. Bd. I, §. 35; Bayer, Theorie §. 28, lit. b; Fecht, Konkursverfahren S. 39; IV. Edikt vom 31. Dez. 1818, §. 164; Justiznovelle vom 15. Sept. 1822, §. 29, 33; Exekutionsgesetz vom 15. April 1825, Art. 70, 73, 74; Berner, das Organisationsedikt S. 89.

Digitized by Google

dem Gemeinschuldner eine Betheiligung und Mitwirkung bei dem Verkaufe der Masseobjekte ein.[8] Auch wird der Gläubiger wohl daran thun, bei jeder Abweichung vom gesetzlichen Verfahren die Zustimmung seines Bürgen einzuholen, oder ihn wenigstens von der Sachlage in Kenntniß zu setzen, damit spätere Streitigkeiten in dieser Beziehung vermieden werden. Ohne Zweifel durch diese Betrachtung, wie überhaupt durch die Rücksicht bewogen, daß den Bürgen Gelegenheit gegeben werden müsse, ihre Rechte nach allen Richtungen im Gantverfahren des Schuldners zu wahren, hat der württembergische Gesetzgeber angeordnet, daß zur Schuldenliquidation, bei welcher Verhandlung ja in der Regel das Ergebniß des Massenverkaufs bekannt gemacht und überhaupt die ganze Sache soviel als möglich bereinigt werden solle,[9] auch die Bürgen vorzuladen seien.[10]

Um den Zweck des Gantverfahrens, die gesetzmäßige Vertheilung des Vermögens des Schuldners unter seine Gläubiger, möglichst rasch, möglichst sicher und möglichst vollständig zu erreichen, genügt es nicht, daß der Konkursrichter die gesammte Aktivmasse, soweit dies thunlich ist, vor seinem forum vereinigt habe, sondern er muß auch den ganzen Passiv-Vermögensstand des Schuldners überblicken und im Einzelnen genau kennen. Hieraus folgt, daß sämmtliche Gläubiger, welche aus der Konkursmasse befriedigt werden wollen, auch die auswärtigen, die Hypotheken- und Faustpfandgläubiger, sich bei dem Konkurs-Gerichte melden, die Liquidität und etwaigen Vorzugsrechte ihrer Forderungen darthun müssen, daß keiner sich außer-

---

[8] Justiz-Novelle § 29; Exekutionsgesetz von 1825, Art. 68 bis 72; Gesetz vom 13. Nov. 1855, Art. 16, 17 (Reg.-Bl. S. 283); Vollz. Instrukt. vom 22. Dezember 1855, §. 9, 14—16 (Reg.-Bl. §. 310, 311).

[9] IV. Edikt §. 167, 170; Just.-Nov. §. 29, 32; Gesetz vom 13. Nov. 1855, Art. 27 (Reg.-Bl. S. 286); Vollz. Instrukt. §. 18 (Reg.-Bl. S. 312).

[10] IV. Edikt §. 169, 170.

Digitized by Google

gerichtlich befriedigen lassen darf, sondern daß alle sich den am Sitze des Konkursgerichtes geltenden gesetzlichen Vorschriften zu unterwerfen haben. [11] Dies ist die Einheit des Konkurses.

Hieraus wird dann der weitere Satz abgeleitet, daß sämmtliche, während des Gantverfahrens gegen den Schuldner anhängig werdenden Prozesse nur vor dem Gantgerichte verhandelt und entschieden werden können. Dies nennt man die anziehende Kraft des Konkurses. [12] Bei den persönlichen Klagen, für welche ohnehin das forum domicilii begründet wäre, hat dies nun keinen Anstand, und ebenso muß nach dem Prinzip und Wesen unseres heutigen Konkursverfahrens bei elektiv konkurrirenden Gerichtsständen das Wahlrecht wegfallen und das Konkursgericht allein kompetent sein. [13] Allein ob die sowohl nach kanonischem, [14] als nach deutschem Rechte [15] außer Zweifel stehende Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes der gelegenen Sache, welche auch im württembergischen Rechte anerkannt ist, [16] durch den Konkurs aufgehoben werde, ist nicht unzweifelhaft. Dagegen läßt sich anführen, daß dieses entweder gesetzlich bestimmt sein, oder mit Nothwendigkeit aus der Natur des Konkursprozesses folgen müßte, daß ersteres nicht der Fall sei, wie wir denn überhaupt im heutigen gemeinen Recht selten in einer Materie weniger gesetzliche Vorschriften haben,

---

[11] Die oben in Note 46 cit. Schriftsteller.

[12] Kori, Konkursprozeß §. 21 ff.; Dabelow, Konk. (1802), S. 720; Linde, Lehrb. §. 434; Reinhardt, die Lehre vom Gant §. 102; Fecht, Konkurs S. 42; Fuchs, a. a. O. §. 12, S. 72.

[13] Schweppe, System §. 93; Bayer, Theorie §. 34.

[14] Cap. 3, X de foro compet. (2, 2) „sane si Episcopi, inter quos causa versatur, sint diversarum provinciarum: ille Primas det Judices, in cujus provincia est locus, de quo contenditur."

[15] Vergl. Linde, Lehrb. §. 90, Note 18.

[16] IV. Edikt §. 54 a. E.; Just. Nov. §. 2; Schütz, Civilprozeß S. 89 ff.; Hofacker, Jahrb. Bd. I, S. 450; Scheurlen, Civilprozeß S. 249; Schäfer, das Verfahren S. 149 ff.; Hufnagel, Mittheil. Bd. I, S. 489.

Digitized by Google

als im Konkursprozeß; daß dagegen nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen vor das forum rei sitae dingliche Klagen und actiones in rem scriptae gehören,[17] und daß diejenigen Gläubiger, welche einen Anspruch an ein Objekt mit einer solchen, auf den Gegenstand unmittelbar gerichteten und ohne Rücksicht auf die Person des Besitzers ganz allgemein gegen Jeden wirkenden Klage verfolgen, nicht als eigentliche Konkursgläubiger betrachtet werden können.[18] Allein es wird richtiger sein, das Gantgericht auch für dingliche Klagen zuständig zu betrachten, weil der dingliche Anspruch auf das Objekt, mag man den Gläubiger einen Gantgläubiger nennen oder nicht, eben im Grunde doch mit dem persönlichen Anspruche der übrigen Gläubiger, das fragliche Objekt für ihre Forderung als Befriedigungsmittel verwenden zu dürfen, konkurrirt, wie denn auch die Hypothekengläubiger ihr Pfandrecht unbestrittenermaßen vor dem Konkursgerichte verfolgen müssen. Im Einklang hiemit bestimmen die Jurisdiktionsverträge zwischen der Krone Württemberg und dem Königreich Bayern vom 31. August 1821, §. 11 (Reg.-Bl. S. 650), dem Großherzogthum Baden vom 3. Januar 1836, Art. 9 (Reg.-Bl. S. 15) und den Fürstenthümern Hohenzollern-Sigmaringen und -Hechingen vom 28. April 1827, Art. 9 (Regier.-Blatt S. 156) und vom 23. Juni 1827 (Reg.-Bl. S. 245, 246), daß alle Forderungen, sie seien auf ein dingliches oder persönliches Recht gegründet, bei dem allgemeinen Gantgerichte einzuklagen seien. Diejenigen Rechtsstreitigkeiten, welche bei Einleitung des Konkursverfahrens schon bei andern Gerichten gegen den Schuldner anhängig sind, werden bei diesen zu Ende geführt.[19] Wenn die Gläubiger

---

[17] l. 3 C. ubi in rem act. (3, 19), l. 3 C. de his quae vi met. causa (2, 20), l. 9, §. 11, D. quod met. caus. (4, 2); Linde, Lehrbuch §. 90, Note 6.

[18] Bayer, Theorie §. 34; Heffter, System §. 538.

[19] Dabelow, Konk. (1792) Bd. I, §. 58 ff.

Digitized by Google

aus der Konkursmasse befriedigt werden wollen, haben sie jedoch ihre Forderungen, vorbehältlich des dereinstigen Nachweises ihrer Liquidität, beim Konkursgerichte anzumelden und deren Vorzugsrechte darzuthun.[20]

In denjenigen Fällen, wo der Gemeinschuldner Kläger ist, hat die Konkurseröffnung keinen Einfluß auf den Gerichtsstand. Der Grundsatz, daß der Kläger dem Gerichtsstand des Beklagten zu folgen habe, wird durch das Gantverfahren nicht berührt.[21]

Da übrigens, wie weiter unten gezeigt werden wird, der Gemeinschuldner bis zur Vertheilung der Konkursmasse Eigenthümer derselben bleibt, so folgt hieraus, daß er von der Mitwirkung bei den Liquidationsprozessen nicht nur nicht ausgeschlossen werden kann,[22] sondern daß er vielmehr hiebei als die eigentliche Prozeßpartei erscheint. In Folge des Ganterkenntnisses verliert er zwar die freie Dispositionsbefugniß, somit auch das Recht zur Prozeßführung, und der Kontradiktor hat ihn gegen die von den einzelnen Gläubigern angemeldeten Ansprüche zu vertreten.[23] Allein er ist es immer, gegen welchen diese Ansprüche sich richten; die Gesammtheit der Gläubiger kann ihn daher nicht vertreten, denn sie hat den einzelnen Gläubiger nicht zu befriedigen, sondern alle übrigen Gantgläubiger konkurriren

---

[20] Bayer, Theorie §. 34; Fecht, Konk. S. 41, 42; Gönner, Handbuch Bd. IV, S. 536 und 537; Heffter, System §. 538; Kori, Konk. §. 21.

[21] Bayer a. a. O.; Fecht a. a. O. S. 41; Gönner a. a. O. Bd. IV, S. 515.

[22] Bayer a. a. O. §. 58, S. 187; Gönner a. a. O. Bd. IV, S. 515, 593; Claproth, summ. Proz. §. 372 a. E.; Gensler, im Archiv für civ. Praxis Bd. II, S. 357.

[23] Bayer, Konkursprozeß §. 42; Schmid, Civilprozeß Bd. III, §. 211, S. 232, Note 4; Spangenberg in zu Rhein's Jahrbüchern Bd. I, S. 35 ff.; Dabelow, Konkurs S. 577 ff.; Martin, Civilprozeß (13. Aufl.) §. 322, Z. 4, Seuffert, Archiv Bd. XVII, Nro. 197. A. M. sind Schweppe, Konkurs §. 97, 102; Puchta, Konkursprozeß §. 180.

Digitized by Google

mit dem klagenden Gläubiger zu dem gleichen Zwecke, soferne sie aus der vorhandenen Masse Befriedigung nach der Prioritätsordnung ansprechen. Die übrigen Gläubiger können zwar bei allen Liquidationsprozessen um ihres eigenen Interesses willen interveniren,[24] allein sie binden durch ihre Handlungen den Gemeinschuldner nicht;[25] und ebenso folgt aus dem Begriffe der Intervention, daß durch den Eintritt der Gläubiger in einen bereits anhängigen Prozeß an dem Gange desselben nichts verändert werden darf, daß sie denselben vielmehr in dem Zustande aufnehmen müssen, in dem er sich befindet.[26]

§. 6.

II. Hinsichtlich des Gemeinschuldners.

A. Oeffentlich-rechtliche.

Die Wirkungen des Ganterkenntnisses gegenüber von dem Gemeinschuldner lassen sich in zwei Hauptparthieen eintheilen, die öffentlichrechtlichen und die privatrechtlichen. In der erstern Beziehung sind es hauptsächlich die staatsbürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechte, auf welche das Ganterkenntniß von Einfluß ist. In Württemberg wird unter den Erfordernissen des aktiven und passiven Wahlrechts nach §. 135 und 142 der Verfassungsurkunde ausdrücklich aufgezählt, daß kein Konkurs gegen die betreffende Person gerichtlich eröffnet sein dürfe.[1] In gleicher Weise sind nach württembergischem Rechte die gemeindebürgerlichen Wahl- und Wählbarkeitsrechte nach §. 6, 10 und 49 des Verwaltungsediktes vom 1. März 1822 beschränkt. Ein Gantmann kann weder die Stelle eines Ortsvorstehers, noch eines Gemeinderaths, noch eines Bürgerausschußmitgliedes begleiten, und verliert diese Stellen,

---

[24] Seuffert, Archiv Bd. XII, Nro. 224, Bd. XVII, Nro. 197.

[25] Seuffert im Archiv für civ. Praxis Bd. XI, S. 365 ff.

[26] Weiske, Rechtslexikon Bd. II, S. 814 ff.; Bolley, Entw. Bd. II, §. 1713b; Dabelow a. a. O. §. 69.

[1] R. Mohl, Staatsrecht Bd. I, §. 98, 99.

Digitized by Google

wenn er sie beim Ausbruch des Gantes bereits hatte.[1] Denn wer durch die That bewiesen hat, daß er seinen eigenen Angelegenheiten nicht gehörig vorzustehen vermöge, dem kann auch keine Macht und Gewalt über die Angelegenheiten Anderer anvertraut werden; und wem die Dispositionsfreiheit über sein Vermögen entzogen ist, von dem läßt sich weder die nöthige Selbstständigkeit und Unzugänglichkeit erwarten, noch kann man annehmen, daß er in derjenigen Achtung bei seinen Mitbürgern stehe, die zu gedeihlicher Verwaltung öffentlicher Aemter nothwendig ist.

Aus diesen Gründen kann auch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Staatsbeamten unter Umständen zu dessen Entlassung führen, was in Württemberg mit Ausnahme der Richter auf dem in §. 47 der Verfassungsurkunde vorgeschriebenen Wege zu geschehen hat. Daß man bei Militärbeamten den gerichtlichen Konkurs für unvereinbar hält mit der Ehre des Dienstes, hat die Erfahrung in älterer und neuerer Zeit bewiesen. Ebenso sind auch bei Kirchen- und Schuldienern schon Fälle vorgekommen, in welchen durch den Gant der Dienst verwirkt wurde. Sodann geht durch das Gantverfahren die Fähigkeit zu dem Ehrenamte eines Geschworenen (Schwurgerichtsgesetz vom 14. August 1849 Art. 60, Ziff. 2), sowie das aktive und passive Wahlrecht bezüglich der Stelle eines Handelsrichters (Handelsgerichtsordnung vom 13. August 1865 Art. 10, Ziff. 4 und Art. 11, Ziff. 2), während der Dauer des Gantverfahrens und bis zur Befriedigung der Gläubiger verloren. Eine fernere Folge des Ganterkenntnisses ist die Prüfung von Seite des Gerichtes, ob nicht gegen den Gemeinschuldner strafrechtlich eingeschritten wer-

---

[1] Sarwey, Monatschr. Bd. V, S. 105; Bd. XI, S. 423, 438. Bezüglich der Ortsvorsteher findet dieser Satz in Württemberg jedoch nur mit gewissen Beschränkungen Anwendung. Vergl. Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung, Jahrg. 1862, S. 30; Jahrg. 1867, S. 183 ff.

Digitized by Google

den müsse. Dieß findet sowohl nach gemeinem,[3] als nach württembergischem Rechte statt. Nach letzterem ist besonders die Bestrafung wegen „fahrlässigen Schuldenmachens“ (Art. 363 des Strafgesetzbuches vom 1. März 1839) von der Rechtskraft des Ganterkenntnisses abhängig. Endlich kann der Gant und dasjenige, was denselben herbeigeführt hat, unter Umständen den Beweiswerth des Zeugnisses in Kriminalsachen schwächen. (Vergl. Art. 306 der Strafprozeßordnung vom 22. Juni 1843).

§. 7.

B. Privatrechtliche.

1) In Betreff der Beweiskraft der Erklärungen des Gemeinschuldners.

Die Wirkungen des Ganterkenntnisses in Beziehung auf das Beweisverfahren bei streitig gewordenen Forderungen hängen mit dem Wesen des Konkursprozesses zusammen. Bei Beantwortung der bestrittenen Frage, welcher Beweiswerth dem Zeugniß und dem Anerkenntniß des Gemeinschuldners beizulegen sei, muß man die Aussagen des Gantmanns, welche sich auf seine eigenen Vermögensangelegenheiten beziehen, und Diejenigen, bei denen dieß nicht der Fall ist, unterscheiden. In der letzteren Beziehung begegnet man in der Praxis nicht selten der Einwendung, daß die Aussagen eines Zeugen, der in einem, wenn auch mit seinem Gante nicht zusammenhängenden unter dritten Personen geführten Prozesse vernommen wird, schon darum nicht vollkommen glaubwürdig seien, weil er im Gante oder weil ihm vergantet worden sei. Allein dieß ist entschieden unrichtig; einen solchen Verdächtigkeitsgrund kennen weder die Gesetze, noch läßt er sich aus der Natur der Sache ab-

[3] Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. II, S. 861; Martin, Lehrbuch §. 225; Schweppe, System §. 93, 110; Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. II, S. 356, 357; Bayer, Theorie §. 22.

[1] Im röm. Recht war allerdings an die venditio bonorum eine gewisse infamia geknüpft. Günther in Weiske's Rechtslexikon

leiten.[1] Auch zum Solennitätszeugen ist der Gantmann nicht unfähig.[2] Für Württemberg bestimmt das Landrecht Thl. III, Tit. 10, §. 1: „Es kann ein jeder in Testamenten Zeug sein, dem die Rechten solches nicht außtruckenlich verbieten," und erwähnt in den folgenden Paragraphen, wo die unfähigen Zeugen aufgeführt sind, der Gantleute nicht. In Uebereinstimmung hiemit verordnet der Art. 5 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen vom 5. September 1839: „Die zur Zucht-, Arbeitshaus- oder Festungsstrafe oder zum Verluste der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte rechtskräftig Verurtheilten sind unfähig, Instruments- und Solennitätszeugen zu sein." Hieraus folgt, daß alle andere Personen, bei welchen jene Mängel nicht zutreffen, also auch die Gantleute, fähig sind.

Anders gestaltet sich die Sache, wenn man die Erklärungen und Aussagen des Gemeinschuldners in Beziehung auf seine eigenen Vermögensverhältnisse in das Auge faßt, denn hier wirken die im Wesen des Konkursverfahrens liegenden Rechtsverhältnisse ein, hier ist der Gantmann nicht mehr eine unbetheiligte und unbefangene Person, hier kreuzen sich die Interessen der Gläubiger, des Gemeinschuldners und anderer beim Gante Betheiligter in vielfacher Weise. Daher auch die Verschiedenheit der Ansichten der Rechtslehrer, je nachdem sie sich auf diesen oder jenen Standpunkt stellen.[3] Die Frage, ob der Gemeinschuldner gegenüber von einzelnen Gläubigern als Zeuge vernommen werden könne, wird von Einigen unbedingt verneint,[4] während Andere sie

---

Bd. II, S. 861. Bezüglich des alten deutschen Rechtes vergl. Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 125; Derselbe, deutsche Rechtsgeschichte §. 50, 456.

[2] Vergl. Sarwey, Monatschrift Bd. VIII, S. 429; Bd. X, S. 234, 238; Glück, Kommentar Bd. XXII, S. 134; Hufnagel, Mittheilungen Bd. I, Nro. 64, S. 163 ff.; Wächter, württ. Privatrecht Bd. II, S. 770.

[3] Schmid, Handbuch Bd. III, S. 316.

[4] Vergl. Tauchnitz, Zeitschr. Bd. XIII, S. 176, Nro. 3b.

eben so unbedingt bejahen,[5] und wieder Andere die Erklärungen des Gemeinschuldners gar nicht als Zeugniß, sondern nur als Anerkenntnisse auffassen.[6]

Ebenso gehen die Ansichten der Rechtslehrer in Beziehung auf die Erklärungen des Gemeinschuldners auseinander, soferne diese als Einräumungen und Anerkenntnisse aufzufassen sind. Einig ist man jedoch darüber, daß Geständnisse des Gemeinschuldners, welche von ihm vor der Eröffnung des Konkurses abgelegt worden sind, sowie, nach der Ansicht der meisten Rechtslehrer, die während des vorbereitenden Verfahrens und vor dem Eintritt der Dispositionsbeschränkung des Gemeinschuldners von ihm abgelegten Zugeständnisse denselben Beweiswerth haben, der ihnen ohne Rücksicht auf das Konkursverfahren zukäme, es wäre denn, daß dem Schuldner nachgewiesen werden könnte, er habe dolos, beziehungsweise in fraudem creditorum gehandelt, in welchem Falle die Anerkenntnisse mit der Paulianischen Klage angefochten werden können.[7] Auf diese im Zustande der Dispositionsfreiheit abgelegten Einräumungen hat das nachfolgende Ganterkenntniß keinen Einfluß; was einmal giltig zugestanden ist, bleibt in seiner Kraft bestehen, wenn auch nachher die Dispositionsbefugniß des Einräumenden beschränkt wird. Hieraus folgt, daß, wenn der Gemeinschuldner vor dem Gante einem seiner Gläubiger ein Zugeständniß gemacht hat, dieß auch die andern im nachherigen Liquidationsprozesse intervenirenden Gläubiger gegen sich gelten lassen müssen, sofern dasselbe nicht aus andern

[5] Schweppe, System (3. Aufl.) §. 131; Gönner a. a. O. §. 32, S. 589.

[6] Rühl im Archiv für civ. Praxis Bd. V, S. 224, 225.

[7] Schweppe, System §. 131; Gönner, Handb. Bd. IV, S. 590; Bayer, Theorie §. 61; Morstadt, Civ.-Proz.-Schlüssel §. 443; Heffter im Archiv für civ. Praxis Bd. X, S. 349; Rühl in Linde's Zeitschr. Bd. V, S. 222; Schmid, Handb. Bd. III, S. 317, Note 40. Nicht ganz im Einklange hiemit steht eine Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 24. Juni 1859 im württ. Archiv Bd. IV, S. 196, Ziff. 24, lit. b.

Digitized by Google

Gründen angefochten werden kann.[8] Die nach dem Ganterkenntniß abgelegten Anerkenntnisse des Gemeinschuldners dagegen werden von Einigen unbedingt für ungiltig und werthlos erklärt,[9] während Andere behaupten, sie seien giltig und vollbeweisend, indem der Konkurs an sich hieran nichts ändere; wenn daher nicht in der Person des Gemeinschuldners und abgesehen von dem wider ihn eingeleiteten Gantverfahren schon Gründe liegen, welche den Werth seiner Geständnisse herabdrücken oder aufheben, so könne er auch nach dem Ganterkenntniß die Gläubiger durch seine Einräumungen binden.[10] Die Mehrzahl der Rechtsgelehrten ist aber der Ansicht, daß nach dem Ganterkenntniß dem Zugeständnisse des Gemeinschuldners zwar kein solcher unbedingter Beweiswerth beigelegt werden könne, wie dasselbe ohne den Gant gehabt hätte; dagegen könne es auch nicht für ganz werthlos erklärt werden, sondern es komme eben auf die Umstände an, ob und welche Beweiskraft einem nach dem Ganterkenntniß abgelegten Anerkenntnisse des Gemeinschuldners zuzuschreiben sei.[11]

Bei der Beurtheilung der Frage hängt Alles davon ab, von welchem Gesichtspunkte man das Verhältniß des Gemeinschuldners zu seinen Gläubigern betrachtet; je nachdem man hiebei einen Standpunkt einnimmt, ergeben sich

[8] Seuffert, Archiv Bd. XII, Nro. 222. Eine andere Ansicht hat das Obertribunal in einer Entscheidung vom 24. Juni 1859 aufgestellt, vergl. württ. Archiv Bd. IV, S. 196, 197.

[9] Schweppe a. a. O. §. 131; Fecht, Konkursverf. S. 121; Kraft, Konk.-Proz. S. 558.

[10] Rühl a. a. O. S. 230; Dabelow, Konkurs (1801) S. 583, 584.

[11] Gönner a. a. O. S. 592; Bayer, Theorie §. 61; Bolley, Entwürfe und Anträge Bd. II, §. 1767 ff.; Morstadt a. a. O. §. 443; Pfeifer in Sarwey's Monatschr. Bd. XI, S. 442; Puchta, Beiträge Bd. II, S. 48; Danz, summar. Proz. §. 185; Ch. Gmelin, die Lehre vom materiellen Konk. §. 10; Schmid, Handb. Bd. III, S. 317—319; Reinhardt, die Lehre vom Gant §. 67; Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart vom 13. Dezember 1859 im württemb. Archiv Bd. IV, S. 196, Ziff. 24, lit. a.

Digitized by Google

sehr verschiedene Konsequenzen. Nimmt man an, der Gemeinschuldner scheide durch das Ganterkenntniß aus seinen bisherigen vermögensrechtlichen Verhältnissen völlig aus und die Gantgläubiger treten nach allen Beziehungen an seine Stelle, so wäre er gegenüber von ihnen als eine dritte Person zu betrachten und seine Erklärungen könnten in der Eigenschaft als Anerkenntnisse gar nicht mehr in Betracht kommen. Anderer Seits aber stünde in diesem Falle nichts im Wege, den Gemeinschuldner als vollgiltigen Zeugen gegenüber von den Gläubigern zu betrachten. Allein diese Auffassung ist, wie unten gezeigt werden wird, nicht richtig. Durch das Ganterkenntniß werden die Beziehungen des Gemeinschuldners zu seinem bisherigen Vermögen nicht aufgelöst, er ist und bleibt das Subjekt der Aktivmasse, der Träger des hierunter zu verstehenden Inbegriffs von Vermögensrechten, er bleibt unerachtet des Ganterkenntnisses der Eigenthümer des gesammten beweglichen und unbeweglichen Vermögens, welches die Konkursmasse bildet und nur einzelne der in dem Begriffe des Eigenthums liegenden Rechte werden auf die Gesammtheit der Gläubiger übertragen. Hieraus folgt, daß überall da, wo es sich um die Liquidität einer Forderung handelt, wo also der Gantmann als Schuldner auftritt, sein Zeugniß werthlos ist, weil er hier überall als Zeuge in eigener Sache erscheint, während seine Aussagen nach anderen Richtungen, wie z. B. wenn es sich um das Vorzugsrecht einzelner Forderungen handelt, in der Regel und wenn nicht besondere Umstände für das Gegentheil sprechen, z. B. mittelbares Interesse an der betreffenden Person, Begünstigung des Produzenten ꝛc. vollen Glauben verdienen.

Andererseits wirkt jene Stellung des Gemeinschuldners auf seine Anerkenntnisse in umgekehrter Richtung. Auf das gegenseitige Verhältniß der Gläubiger unter einander haben sie keinen Einfluß, weil in diesem Punkte der Gantmann ihnen gegenüber als Dritter erscheint, der durch seine Erklärungen weder dem Rechte des einen, noch des andern

Digitized by Google

etwas vergeben kann. Wenn daher zwei Gläubiger um ein Vorzugsrecht streiten, so ist die Erklärung des Gemeinschuldners, daß er das bestrittene Vorzugsrecht zu einer bestimmten Zeit bestellt, daß er diese oder jene hiebei nothwendige Formalität beobachtet habe, vom Gesichtspunkt eines Anerkenntnisses gänzlich werthlos. Denn hier schwebt der Streit zwischen den betreffenden Gläubigern, der Gemeinschuldner ist ein Dritter und deßhalb kann nicht er, sondern nur die Prozeßpartei durch Einräumung eines ihr nachtheiligen Umstandes etwas von ihrem Rechte aufgeben. Der Gemeinschuldner könnte in einem solchen Falle nur als Zeuge vernommen werden.

Ganz anders verhält es sich bei einem Streite um die Liquidität einer Forderung. Hier ist, wie schon oben angeführt wurde, der Gemeinschuldner Partei, d. h. der eigentliche Beklagte, weil er noch Eigenthümer der Gantmasse ist; nur in der Dispositionsbefugniß ist er beschränkt. Hieraus folgt, daß er weder selbstständig vor Gericht handeln, noch zum Nachtheile Derjenigen, zu deren Gunsten die Dispositionsbeschränkung stattfindet, etwas einräumen, wohl aber in Beziehung auf sich selbst bindende Geständnisse ablegen kann. [12]

Da jedoch wegen des eigenen Interesses, welches der Gemeinschuldner daran hat, daß die Masse seiner Schulden möglichst klein sei, sich in der Regel annehmen läßt, daß er nichts ohne genügenden Grund zu seinem Nachtheil einräumen werde, so kann seinen Erklärungen auch gegenüber von den als Intervenienten erscheinenden Gläubigern nicht unbedingt jeder Werth abgesprochen werden, vielmehr bilden sie immerhin eine Anzeige. In diesem Punkte muß man daher denjenigen Rechtslehrern beipflichten, welche behaupten, es

[12] — nam nuda debitoris confessio in concursu de veritate hujus vel illius crediti, facta caeteris creditoribus non praejudicat, sed singulis incumbit verificatio eorum, quae exiguntur, per instrumenta fide digna. Cons. Tubing. Vol. III, 25, 294, §. 54, p. 838.

Digitized by Google

hänge von den Umständen des einzelnen Falles ab, welcher Beweiswerth dem Anerkenntnisse des Gemeinschuldners beizulegen sei. Der Richter hat unter reiflicher Erwägung aller Verhältnisse zu prüfen, ob nicht irgend ein Umstand vorhanden sei, welcher auf den Gemeinschuldner einen solchen Einfluß üben könnte, daß dieser geneigt sein möchte, lieber etwas ihm Nachtheiliges einzuräumen, als die Wahrheit zu sagen.[13] Gegenüber von demjenigen Gläubiger aber, welchem das Anerkenntniß gemacht wird, ist der Satz nicht richtig, daß sein Beweiswerth von den Umständen abhänge, zwischen diesem Gläubiger und dem Gemeinschuldner ist es vielmehr als vollbeweisend zu betrachten. Man denke sich den Fall: A liquidirt im Gante des X eine Forderung von 1000 fl., welche von dem Gemeinschuldner anerkannt, von den übrigen Gläubigern, als Intervenienten, aber bestritten wird. In dem hierüber entstehenden Prozesse weist das Gericht den A gegenüber von der Kreditorschaft ab, weil er bloß jenes Anerkenntniß für sich habe und dieses allein keinen vollen Beweis gegenüber der Kreditorschaft gebe. Wenn nun A später den Gantmann X, nachdem dieser wieder zu Vermögen gekommen ist, wegen jener 1000 fl. in Anspruch nimmt, (und dies kann er, ohne daß er die exceptio rei judicatae zu befürchten hätte, weil das frühere Erkenntniß seine Rechtskraft nur auf die ihm damals als Gegner gegenübergestandenen Mitgläubiger erstreckt), so kann er sich hiebei mit voller Wirkung auf das von dem Gemeinschuldner X in dem früheren Prozesse ihm gegenüber abgelegte Anerkenntniß berufen.

Von selbst versteht es sich, daß, wenn sämmtliche Betheiligte die Erklärung des Gemeinschuldners als richtig anerkennen, dieß volle Beweiskraft hat. Nur darf man nicht, wie dieß Fecht[14] thut, von der Annahme ausgehen,

[13] Vergl. Reinhardt a. a. O. §. 67; Gönner a. a. O. S. 589, 592; Schweppe a. a. O. §. 131; württ. Archiv Bd. IV, S. 196, 197.

[14] Fecht, das Konkursverfahren S. 121.

Digitized by Google

daß auch der Güterpfleger oder Masseverwalter durch seine zustimmende Erklärung die Vollgiltigkeit des Beweises des gemeinschuldnerischen Anerkenntnisses herbeiführen könne. Denn das Amt des Masseverwalters besteht lediglich in der Richtigstellung, Verwaltung und Veräußerung des Massevermögens, und nur in dieser Richtung hat er die Kreditorschaft zu vertreten.[15] Die Prüfung der Richtigkeit der angemeldeten Forderungen und deren Anerkennung ist Sache des Kontradiktors.[16] Eine andere Stellung hat auch das württembergische Recht dem Güterpfleger nicht eingeräumt. Nach §. 33 der Justiznovelle vom 15. September 1822 soll ein Kontradiktor, dessen Aufgabe die Vertretung des Gemeinschuldners und die Vertheidigung desselben gegen die angemeldeten Forderungen ist,[17] nur in schwierigen Fällen aufgestellt werden, während nach §. 162 des IV. Ediktes vom 31. Dezember 1818 die Bestellung eines Güterpflegers in allen Gantprozessen angeordnet ist.[18] Wenn daher in §. 169 des IV. Ediktes bestimmt ist, daß bei der Schuldenliquidationsverhandlung über jede Forderung nicht nur die Schuldleute, sondern auch der Güterpfleger gehört werden sollen, so kann dieß nur die Bedeutung haben, daß das Gericht in Gemäßheit der ihm nach §. 167 vergl. mit §. 169 des IV. Ediktes obliegenden Verpflichtung zur möglichsten

---

[15] Linde, Lehrbuch §. 440; Schweppe, System §. 98; Dabelow, Konk. (1801) S. 570 ff.; Bayer, Konkursprozeß §. 41; Kori, Konkursprozeß §. 83; Martin, Civilprozeß (13. Aufl.) §. 322, Z. 3; Fuchs, das Konkursverfahren §. 10, S. 52 ff.

[16] Linde a. a. O. §. 436; Puchta, Beiträge Bd. II, §. 179, 180; Bayer a. a. O. §. 102; Kori, Konk. §. 82.

[17] Fuchs a. a. O. §. 11, S. 64 ff.

[18] Hiezu vergl. §. 172 des IV. Ediktes vom 31. Dezember 1818; Art. 129 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825; §. 247 der Hauptinstruktion vom 14. Dezember 1825; Art. 48 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828; §. 21 und 22 der Vollziehungsinstruktion zu dem Gesetze vom 13. November 1855, betreffend einige Abänderungen und Ergänzungen des Exekutions- und Pfandgesetzes, vom 22. Dezember 1855 (R.-Bl. S. 312, 313).

Digitized by Google

Aufklärung aller Verhältnisse auch dem Güterpfleger Gelegenheit zu geben habe, seine etwaigen Bedenken vorzubringen, weil ja dieser nach den angeführten Gesetzen mit dem ganzen Stande der Masse und deren Beschaffenheit am meisten vertraut sein muß. Daß seinen Erklärungen gegenüber den Gläubigern eine bindende Kraft beizulegen sei, ist hier nirgends gesagt und um so weniger anzunehmen, als er mit den Schuldleuten auf gleiche Linie gestellt wird, deren Erklärungen und Anerkenntnissen der bisherigen Ausführung zufolge auch keine solche Wirkung beigelegt werden kann.[19]

Ist in einem Gante ein Kontradiktor nicht aufgestellt, was im Hinblick auf die Bestimmung des §. 33, Ziff. 1 der Justiznovelle meistens der Fall sein wird, so erübrigt nichts, als die Gläubiger (wenigstens diejenigen derselben, welche bei dem Streite muthmaßlich betheiligt sind) über die angemeldeten Forderungen zu hören und wenn eine Forderung bestritten wird, diejenigen Gläubiger, welche an dem Streite Theil nehmen wollen, als Gegenpartei gegen den betreffenden Liquidanten zu behandeln.

§. 8.

Von dem Beweismittel des Eides.

Noch ist hier eines im Konkursprozesse vorkommenden und verschiedenartig behandelten Beweismittels zu erwähnen, nämlich des Eides, dessen Beurtheilung mit den im vorigen §. entwickelten Grundsätzen zusammenhängt.

Da der Kontradiktor in den Liquidationsprozessen als Vertreter des Gemeinschuldners, gegen welchen die Forderung geltend gemacht wird, handelt,[1] so kann darüber kein Zweifel sein, daß er berechtigt ist, sich dem liquidirenden Gläubiger gegenüber der Eideszuschiebung zu bedienen. Ebenso wenig herrscht darüber ein Streit, daß umgekehrt

---

[19] Im Wesentlichen übereinstimmend hat sich auch das Obertribunal zu Stuttgart in einer Entscheidung vom 15. Februar 1867 ausgesprochen. Vergl. dieses Archiv Bd. X, S. 229 ff.

[1] Fuchs, das Konkursverfahren §. 11, S. 64 ff.

Digitized by Google

auch von dem liquidirenden Gläubiger dem Kontradiktor der Eid deferirt werden kann.[2] Da jedoch die zu beschwörende Thatsache in der Regel für ihn eine fremde sein wird, so wird er in den seltensten Fällen einen Wahrheitseid schwören können; in diesem Falle kann es sich daher nur darum handeln, ob er zur Beschwörung seines Nichtwissens oder zu einem Glaubenseide für verbunden erklärt werden kann. Beide Meinungen haben ihre Vertheidiger gefunden.[3] Es ist nicht erforderlich, auf die Frage näher

[2] Leyser, Meditat. ad Pand. Vol. VII, Spec. 491, med. 10, 11, p. 563, 564; Bolley, Entw. Bd. II, §. 1778; Malblank, doctrina de jurejurando §. 42, p. 94, Note *). Leyser spricht sich sehr eingehend aus: „Quum curator concursus personam debitoris sustineat, nihil eorum, ad quae debitor obligabatur, declinare poterit. Igitur nec jus jurandum, quod unus alterve creditorem ei defert; magis vero id, quod judex ex officio imponit, suscipere et praestare cogitur.“ Sodann wird nach Erörterung der vom gemeinen Rechte theilweise abweichenden sächsischen Prozeßordnung, wo die Juris Consult. Vitembergenses curatori litis necessitatem, jusjurandum communi debitori olim delatum, sed morte ejus impeditum, aut praestandi, aut referendi imposuere, gesagt: daß dem curator litis, welchem aus den ihm unter Händen gegebenen Nachrichten die beste Wissenschaft beiwohnen muß, freizustellen sei, ob er den dem gemeinschaftlichen Schuldner zuerkannten Eid nach dessen Absterben de credulitate ablegen, oder das Widerspiel gleichfalls de credulitate abschwören lassen wolle.

[3] Daß von dem Kontradiktor nur ein Eid über das Nichtwissen verlangt werden könne, behaupten Claproth, summar. Prozeß §. 372; Bayer, Theorie §. 62, Nro. 5; Gönner, Handb. Thl. IV, S. 591; Morstadt, Civilprozeßschlüssel §. 443. Für den Glaubenseid sind: Danz, summar. Prozeß §. 185, Note g; Schmid, Handb. Bd. III, S. 319. Auch Leyser a. a. O. scheint für den Glaubenseid zu sein, wiewohl die von ihm angeführten und, wie es scheint, von ihm adoptirten Gründe der Wittenberger Juristen, nemlich die Gelegenheit, sich von der wahren Sachlage Kenntniß zu verschaffen, auf ein juramentum de ignorantia, nicht de credulitate führen. Schweppe, System §. 132 spricht seine Meinung nicht aus, er sagt nur: der Gläubiger könne dem Kontradiktor den Eid zuschieben, und dieser müsse de credulitate oder, wie Andere wollen, de ignorantia schwören.

Digitized by Google

einzugehen, ob der Glaubenseid überhaupt zulässig sei.[4] Denn selbst wenn man denselben an sich für zulässig halten könnte, so liegt hier kein Grund vor, das Recht der Gläubiger auf ein so zweifelhaftes Eidesthema zu stellen und die Ueberzeugung des Richters von einem so bedenklichen Beweismittel abhängig zu machen, durch welches das materielle Recht in sehr grober Weise verletzt werden kann, während einer Eideszuschiebung über das Nichtwissen ein Bedenken um so weniger entgegensteht, als der Kontradiktor sicherlich immer Gelegenheit haben wird, sich bei dem Gemeinschuldner oder anderwärts über die Existenz der bestrittenen Thatsachen zu erkundigen. Einen Eidesantrag an den Gemeinschuldner halten Viele für unstatthaft, weil er nicht Theilnehmer am Prozesse sei.[5] Andere dagegen nehmen an, daß auch dem Gemeinschuldner ein Eid, natürlich de veritate, zugeschoben werden könne.[6] Diese letztere Meinung ist die richtige. Wenn aber Bayer sagt: „acceptirt der Gemeinschuldner den Eid, so haben die Mitgläubiger keine Ursache, dagegen zu protestiren, weil dadurch ein Konkurrent aus dem Wege geräumt wird; rekusirt er aber den Eid, so ist dieses als ein Geständniß des Kridars zu betrachten, welches sie, wie ein ausdrückliches Geständniß, anzufechten befugt sind, wenn sie irgend eine Gefährde dabei wahrnehmen," so ist zwar der erste Satz nicht zu be-

[4] Vergl. hierüber Linde Handbuch §. 301 und die Literatur in Note 4 und Schmid, Handbuch Thl. II, §. 163; Malblank, l. c. §. 44, p. 100.

[5] Gönner, a. a. O. S. 591; Schweppe, a. a. O. §. 132; Morstadt, a. a. O. §. 443. Eben dieser Meinung scheint Dabelow, Konk. (1792) Thl. II, §. 194, S. 158 zu sein. Von Bayer, §. 62 N. 6 wird auch Hommel, Rhapsod. 538 als dieser Ansicht zugethan, angeführt.

[6] Bayer, a. a. O. §. 62; Schmid, a. a. O. Thl. III, S. 319; Bolley, Entw. Bd. II, §. 1778; Reinhardt, die Lehre vom Gant §. 67 spricht sich nicht klar aus, er scheint anzunehmen, daß ein Eidesantrag an den Gemeinschuldner insoweit zulässig sei, als dessen Geständniß Beweiskraft habe.

Digitized by Google

zweifeln, wohl aber erregt der zweite Bedenken. Denn wenn der Liquidant dem Gemeinschuldner einen Eid antragen kann, und dieser verpflichtet ist, ihn zu schwören, so hat die Verweigerung desselben nicht bloß die, wie oben gezeigt, sehr beschränkte Wirkung eines vom Gemeinschuldner im Gante abgelegten Zugeständnisses, sondern sie erzeugt formelle Wahrheit. Wenn der Gemeinschuldner als Delat den Eid verweigert, so muß der Richter die Behauptung des liquidirenden Gläubigers für wahr annehmen und darauf ein verurtheilendes Erkenntniß bauen. Ein solches aber kann bekanntlich nicht so leicht angefochten werden, wie ein einzelnes Beweismittel; bei letzterem genügt es, seine Falschheit darzuthun oder auch nur zu bescheinigen, um Zweifel gegen dessen Glaubwürdigkeit zu erregen und damit seinen Beweiswerth zu schwächen. Sehr schwer aber wird es der Kreditorschaft werden, ein Urtheil, sei es im Wege der Berufung oder Restitution, anzufechten, welches sich auf die Eidesverweigerung des Gemeinschuldners gründet, der ja im Prozesse auf der Seite eben dieser Kreditorschaft gestanden ist. Die Eidesverweigerung des Gemeinschuldners läßt sich um so weniger auf gleiche Stufe mit dem Anerkenntniß desselben stellen, als der Schiedseid bekanntlich auch den Charakter des Vergleiches an sich trägt, und als andern Theils der Delat manche Gründe haben kann, den Eid nicht zu leisten, ohne daß hieraus gerade mit Nothwendigkeit auf die Wahrheit des Umstandes, dessen Nichtexistenz er beschwören soll, geschlossen werden müßte.

Der entscheidende Grund ist auch hier die Stellung, welche der Gemeinschuldner gegenüber von seinen Gläubigern im Gante einnimmt. Er ist es, gegen welchen, wie schon oben angeführt wurde, die angemeldeten Forderungen geltend gemacht werden und von welchem die Gläubiger ihre Befriedigung aus den Mitteln der Konkursmasse durch Vermittelung des Konkursgerichtes verlangen. Der Gemeinschuldner erscheint daher bei den einzelnen Liquidations-Prozessen nicht als ein außer dem Prozesse stehender

Digitized by Google

Dritter, sondern als Partei und als solche kann ihm auch ein Eid zugeschoben werden. [7]

§. 9.

2) In Betreff der Dispositionsfähigkeit des Gemeinschuldners,

a) hinsichtlich seiner Veräußerungsbefugniß.

In Folge des Ganterkenntnisses verliert der Gemeinschuldner die Befugniß zu selbstständiger Verwaltung seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens; er bleibt aber Eigenthümer desselben und die Gläubiger erlangen nur das Recht, aus diesem Vermögen ihre Befriedigung nach gesetzlicher Vorschrift anzusprechen, sie erscheinen als Verwalter fremden Gutes zu eigenem Nutzen. Dieß ist jetzt fast allgemein anerkannt. [1]

---

[7] Vergl. Fuchs a. a. O. §. 9, S. 48 ff.

[1] Schmid, Civilprozeß Bd. III, S. 237, 239, 317; Danz, summar. Prozeß §. 170; Bayer, Theorie §. 23 (4. Aufl. §. 41); Kritz, Rechtsfälle Bd. V, S. 74 ff.; Seuffert, Civilprozeß Bd. IV, S. 350; Reinhardt, die Lehre vom Gant §. 55, S. 119 ff.; Fuchs, a. a. O. §. 8, S. 44 ff.; Morstadt, Civ.-Prozeßschlüssel §. 434; Thibaut, Pand. (7. Aufl.) §. 1017, 1020, 1021; Gensler, Komm. zu Martin ad §. 310, 311; Martin, Lehrbuch (13. Aufl.) §. 322; Brinz, Pand. Bd. I, S. 528, 529; Holzschuher, Theorie Bd. II, 2, S. 214, Z. 4; Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte, (3. Aufl.) S. 231; Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Bd. III, S. 282, VIII, 29; Bolley, Entwürfe und Anträge Bd. II, §. 1741; Dabelow, Konk. (1792) Thl. I, §. 29 ff., §. 36 (1801, S. 718); Fecht, Konk.-Verf. S. 24, 37, 38; Linde, Lehrbuch §. 434; Rühl, im Archiv für civ. Prax. Bd. V, S. 225, 226; Berner, das IV. Edikt zu §. 162, S. 89; Seuffert, Archiv Bd. III, Nro. 245, Bd. VI, Nro. 304; Brunnemann, Praelect. de conc. cred. C. 1, §. 9, p. 19; Schweppe, röm. Privatrecht, Bd. V, §. 1002; Derselbe, System §. 56; Gensler, im Archiv für civ. Prax. Bd. II, S. 348, 357; Schenck, in Linde's Zeitschrift Bd. XIII, S. 80 ff.; Mayer, Vorträge über das Gantverfahren, (Freiburg 1850) S. 26 ff.; Puchta, Beiträge S. 17, 45, 48; Dernburg, Kompens. S. 394; Franke, im Archiv für civ. Prax. Bd. XVI, S. 132. Vergl. das

Digitized by Google

Indessen findet sich auch die entgegengesetzte Meinung von angesehenen Rechtslehrern vertheidigt. So sagt Günther:[2] sämmtliche übertragbare Vermögensrechte des Schuldners gehen von dem Augenblick der Konkurseröffnung an auf die Gesammtheit seiner Gläubiger zu dem Zwecke ihrer unter gewissen gesetzlichen Bedingungen und Regeln zu bewirkenden Befriedigung über; die Gläubiger überkommen das Vermögen des Gemeinschuldners so, als ob sie es gekauft hätten. Nach unserem heutigen Rechte müsse angenommen werden, daß der Gemeinschuldner im Augenblick der Konkurseröffnung das Eigenthum seines gesammten übertragbaren Vermögens an die Gläubigerschaft verliere. Dieser Eigenthumsverlust soll im Geiste des deutschen Konkursverfahrens liegen und veranlaßt worden sein durch eine unrichtige Auffassung des primum und secundum decretum des Prätor bei der römischen missio in bona. Und zum Beweise jenes Geistes des deutschen Konkursverfahrens wird dann eine Reihe anerkannter Sätze angeführt, die auf dem Prinzipe ruhen, daß der Gemeinschuld-

württemb. Exekutionsgesetz vom 15. April 1825, Art. 40, 52, 59, 68, 69, 73, 74; l. 3, D. de bon. cess. (42, 3); l. 4, Cod. qui bon. ced. poss. (7, 71); l. 6, 8, Cod. de bon. auct. jud. (7, 72); Gensler, im Archiv für civ. Prax. Bd. II, S. 348, 357. Namentlich hat auch das Obertribunal in Stuttgart die obigen Grundsätze schon zu wiederholten Malen angewendet: z. B. in Sachen Groß c. Gavard und Spring den 1. Febr. 1853, in Sachen Steudel c. Knöringen den 12. Oktober 1849, in Sachen Bader c. Finkh den 26. Juni 1857, in Sachen Renz und Baur c. Lechlers Erben den 12. Januar 1861. Die Hannover'sche Prozeßordnung enthält in §. 611 die Bestimmung: „mit dem Zeitpunkt der Bekanntmachung des Ganterkenntnisses an den Gemeinschuldner gilt der Konkurs für eröffnet und tritt der Verlust des Verfügungsrechtes desselben über sein Vermögen ein. Oppermann, die allgem. bürgerl. Prozeßordnung für Hannover vom 8. Novbr. 1850, S. 268. Anderer Meinung ist Günther, Konk. S. 34 ff.

[2] Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. II, S. 803, 806, 816, 817, 851, ferner S. 809—814, vergl. Sarwey, Monatschrift Bd. XX„ S. 88 ff.

Digitized by Google

ner nach dem Ganterkenntnisse über sein Vermögen nicht mehr verfügen dürfe, z. B. daß alle nachher von ihm vollzogenen Veräußerungen nichtig seien, daß Niemand an ihn mehr mit Wirkung zahlen könne. Allein abgesehen davon, daß es immer etwas Mißliches ist, einen Rechtssatz aus dem Mißverständniß eines andern abzuleiten, so sind jene Gründe keineswegs befriedigend, weil sie gerade den Beweis nicht liefern, daß der Eigenthumsverlust im Geiste des deutschen Konkursprozesses liege. Denn sie beweisen blos so viel, daß dem Gemeinschuldner die Dispositionsfähigkeit über sein zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenes Vermögen entzogen ist. Weiter beweisen sie darum nicht, weil man auch ein beschränktes Eigenthum haben, weil man gar wohl die Detention verlieren und gleichwohl Eigenthümer bleiben, weil man daher um so viel mehr das Eigenthum behalten und das Verfügungsrecht über dasselbe verlieren kann. Auch zeigt die Ausführung Günthers selbst, zu welchen Verlegenheiten die Unterstellung des Eigenthumsverlustes führt. Denn durch die Beschränkungen, in welche er die Kreditorschaft als neue Eigenthümerin der Vermögensmasse vermöge des Zweckes dieses Eigenthumsübergangs, nämlich der Tilgung der Schulden des Kridars, einengt, wird thatsächlich die Wirkung wieder aufgehoben, welche der voranstehende Grundsatz schafft, und was noch schlimmer ist, es werden Folgerungen aus jenem Zwecke gezogen, die mit dem Begriffe des Eigenthums nicht wohl vereinbar sind, z. B. daß die Gläubiger keine dem Gemeinschuldner nachtheilige Verfügung über die Aktivmasse treffen dürfen, und daß Alles, was über Abzug der Schulden übrig bleibe, dem Gemeinschuldner gehöre, und zwar soll dieser Rückübergang des übrig bleibenden Vermögens an den Gemeinschuldner ipso jure geschehen — lauter Dinge, die mit den sonst geltenden Grundsätzen über Eigenthum und dessen Erwerb und Verlust nicht in Einklang zu bringen sind.[3]

Aus dem Grundsatze, daß der Gemeinschuldner durch

[3] Der von Günther vertheidigten Ansicht ist übrigens auch

Digitized by Google

die Konkurseröffnung das Eigenthum seines Vermögens nicht verliert, folgt, daß, wenn nach Befriedigung sämmtlicher Gläubiger noch etwas von der Aktivmasse übrig bleiben sollte, dieser Rest dem Gemeinschuldner in seiner Eigenschaft als Eigenthümer bleibt,[4] daß dieser aber auch während des Konkurses das periculum interitus et deteriorationis trägt, d. h. daß, wenn die Massegegenstände von beschädigenden oder vernichtenden Zufällen betroffen werden, der Gemeinschuldner diese Nachtheile zu tragen hat.[5] Freilich wird diese Gefahr der Wirkung nach in den meisten Fällen die Kreditorschaft berühren, soferne durch solche Zufälle die zu ihrer Befriedigung dienende Masse vermindert wird und die Bedingungen eines zweiten Angriffs des Schuldners für die durchfallenden Gläubiger selten zutreffen; allein dieß ändert am Prinzipe nichts. Aus dem Verluste des Dispositionsrechtes folgt, daß der Gemeinschuldner nach dem Ganterkenntniß keinerlei der Gläubigerschaft zum Nachtheile gereichende Verfügung über sein Vermögen mehr vornehmen darf und daß alle derartigen Handlungen nichtig sind, ohne daß es zur Beseitigung ihrer Wirkungen der Rescission mittelst der Paulianischen Klage bedarf, wie dieß bei den

---

Mackeldey, Lehrbuch §. 773, der jedoch ohne Angabe von Gründen den Satz aufstellt: Das Vermögen des Schuldners gehe nach Eröffnung des (formellen cfr. §. 771) Konkurses auf die Gesammtheit der Gläubiger über. Der gleichen Ansicht ist ferner Sarwey (Rechtskonsulent) in Sarwey's Monatschrift Bd. XX, S. 97 ff.; denn er nimmt an, der Gemeinschuldner höre auf, Eigenthümer der körperlichen Sachen und Berechtigter der dinglichen und persönlichen Rechte zu sein; alle diese Rechte gehen ebenso, wie der Besitz, auf die Gläubigerschaft über. Ferner Kori, System §. 34; vergl. auch Bolley, Entw. Bd. II, §. 1741, N. a; Huschke in der Zeitschr. f. Civ.-R. und Proz. N. F. Bd. XIV, S. 48, 50.

[4] l. 3 D. de cess. bon. (42, 3): l. 4 Cod. qui bon. cred. (7, 71); l. 6, 8 Cod. de bon. auct. jud. (7, 72); württ. Exek.-Ges. vom 15. April 1825, Art. 74; Schenk in Linde's Zeitschr. Bd. XIII, S. 67; Bayer, Theorie §. 9, 11, 12, 23.

[5] Gensler im Archiv f. civ. Praxis Bd. II, S. 357, 358; Fuchs a. a. O. §. 9, S. 49.

Digitized by Google

von dem Schuldner früher in fraudem creditorum vorgenommenen Handlungen der Fall ist.[6] Das württembergische Recht erklärt selbst die während des vorbereitenden Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Akte für nichtig. Der Art. 19 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 bestimmt, daß alle Verpfändungen nichtig sein sollen, welche, auch wenn der Schuldner der Verwaltung seines Vermögens noch nicht entsetzt gewesen, vorgenommen worden seien, nachdem er dem Gemeinderath oder dem Gerichte seine Ueberschuldung angezeigt, oder nachdem der Gemeinderath wegen Besorgniß einer Ueberschuldung bei dem Oberamtsgerichte auf Untersuchung des Vermögens des Schuldners von Amtswegen angetragen, oder wenn ohne einen solchen Antrag vom Oberamtsgericht der Auftrag zur Vermögensuntersuchung ertheilt worden, oder wenn die Behörde auf den Grund der Kenntniß vom Vermögensstande des Schuldners eine Unterpfandsbestellung schon einmal abgelehnt habe.[7] Unter Hinweisung auf dieses Gesetz verordnet der Art. 23 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen vom 5. September 1839, daß jede Verfügung, welche ein zahlungsunfähiger Schuldner von dem Zeitpunkte an getroffen habe, wo einer der vorhin erwähnten Akte eingetreten sei, von dem Güterpfleger, sowie von den durch die Verfügung des Gemeinschuldners benachtheiligten Gläubigern als nichtig angefochten werden könne.[8]

[6] Reinhardt, die Lehre vom Gant III. Beil., §. 5, S. 348; Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. II, S. 812; Bayer, Theorie §. 24; Gönner, Handbuch Thl. IV, Abh. 82, §. 24; Dabelow, Konk. (1792) Thl. I, §. 77, 80; Mackeldey, Lehrb. §. 768, 771; Morstadt, Civilprozeßschl. §. 430, S. 11 (Nachtrag); Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. II, S. 356. Anderer Meinung ist Grolmann, Theorie §. 250 a. E.; Fuchs a. a. O. §. 10, S. 60, Z. 3.

[7] Bolley, Komment. Bd. II, S. 117 ff.; Mayer, Komment. Thl. I, S. 239 ff.; Seeger, Pfandges. S. 115 ff.

[8] Ueber diesen Art. 23 ist zu vergleichen: Wächter im Archiv für civ. Prax. Bd. XXIII, S. 110 ff.; Motive im II. Beilagenband zu den Verh. der K. d. A. von 1838, S. 191; Kommissionsbericht

§. 10.

b) Hinsichtlich des Verwaltungsrechtes über das Vermögen seiner Ehefrau.

Nach römischem Rechte steht bekanntlich dem Ehemann das Verwaltungs- und Benützungsrecht in Betreff des gesammten Vermögens der Ehefrau während der Dauer der Ehe zu, und zwar nicht nur hinsichtlich der Dos, deren charakteristisches Merkmal darin liegt, daß sie dem Manne zu Bestreitung der ehelichen Lasten gegeben wird, sondern auch hinsichtlich des Paraphernalvermögens.[1] Die fungibeln und die dem Manne käuflich überlassenen nicht fungibeln Dotalgegenstände gehen sogar in dessen bürgerliches Eigenthum über, während die Frau durante matrimonio nur ein sogenanntes ruhendes oder natürliches Eigenthum hat. Der Mann hat den Ertrag aus der Dos, muß aber nach Auflösung der Ehe den Grundstock restituiren.[2] Eine Ausnahme tritt bloß dann ein, wenn ein Theil des Vermögens

---

im II. Beilagenband zu den Verh. der K. d. A. von 1839, S. 422; Prot. der 25. Sitzung der K. d. A. vom 15. April 1839 S. 3, 4 und 6—10; Verhandl. der K. d. A. von 1838 Bd. XII, Beil.-Heft 2, S. 189 ff.; ferner Knapp, das Gesetz über die privatrechtlichen Folgen ꝛc. S. 30—35. Ueber die Frage: ob ein Gantmann in eigenem Namen und ohne daß es eines Verzichtes der dabei betheiligten Gläubiger bedürfe, Aktivausstände, die zu seiner Gantmasse gehören, ohne Zustimmung der Gläubiger gerichtlich verfolgen könne, vergl. Seuffert, Archiv Bd. XVIII, Nro. 84.

[1] l. 49 D. solut. matrim. (24, 3): l. 2 Cod. de obl. et act. (4, 10); l. 11 Cod. de pact. conv. (5, 14); pr. Inst. quib. alien. licet vel non (2, 8); l. un. §. 15 Cod. de rei ux. act. (5, 13); l. 3, §. 2 Cod. de suis et leg. (38, 16); l. 21 D. de manumiss. (40, 1); l. 3 Cod. de jur. dot. (5, 12); Wening-Ingenheim, Lehrbuch Bd. II, §. 376, S. 27; Glück, Komment. Bd. XXV, S. 132; Thibaut, Pand. Thl. I, §. 448; Mühlenbruch, Doctrina Pand. Tom. I, §. 266; Sarwey, Monatschrift Bd. VIII, S. 449 ff.

[2] l. 20 Cod. de jur. dot. (5, 12); Thibaut a. a. O. §. 448; Glück a. a. O. S. 127 ff.; Wächter in Sarwey's Monatschrift Bd. VIII, S. 477.

Digitized by Google

der Frau dem Manne vermöge besonderer Uebereinkunft nur zur Benützung überlassen, die Verwaltung dagegen ihm entzogen ist,[3] was bei den Paraphernalgütern vermuthet werden muß.[4] Besondere Beschränkungen fanden aber von jeher in Betreff der unbeweglichen Dotalgegenstände statt. Schon der Kaiser August verordnete, der Mann solle ein praedium Italicum der Frau nicht ohne ihre Zustimmung veräußern und nicht einmal mit ihrer Einwilligung verpfänden dürfen, und Justinian ging noch weiter, indem er jede Veräußerung eines Immobile, es möge gelegen sein, wo es wolle, verboten hat, auch wenn die Frau zustimme.[5] Aus diesen Grundsätzen ergibt sich nun, daß die unbeweglichen Dotalsachen gar nicht zur Konkursmasse des Mannes gehören, ebenso die beweglichen, nicht fungibeln zur Dos taxationis causa aestimata gehörigen Gegenstände. Dagegen können sich die Gläubiger an die fungibeln Dotalsachen zu ihrer Befriedigung halten, weil diese in das volle und unbeschränkte Eigenthum des Mannes übergehen. Bezüglich der beweglichen nicht fungibeln Dotalgegenstände, welche dem Manne venditionis gratia überlassen worden sind, und der fungibeln noch in Natur vorhandenen Gegenstände enthält die l. 30 Cod. de jur. dot. (5, 12), die Vorschrift, daß die Frau sie aus dem Gante des Mannes vindiciren dürfe.[6] Da nun die cessio bonorum blos auf das Vermögen des Mannes wirkt, im Uebrigen aber weder seine Rechts- noch weniger seine ehelichen Verhältnisse berührt, so liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß nach

---

[3] Mühlenbruch, die Lehre von der Cession (2. Ausg.) S. 505; Sarwey a. a. O. S. 456, 457.

[4] l. 7 pr. l. 9, §. 3 D. de jur. dot. (23, 3); l. 8 Cod. h. t. (5, 12); l. 8 Cod. de pact. conv. (5, 14).

[5] l. 4, 5, 6, 7, 16 D. de fundo dot. 23, 5); pr. Inst. quib. alien. licet vel non (2, 8); l. un. §. 15 Cod. de rei ux. act. (5, 13).

[6] Thibaut, a. a. O. §. 447; Struben, rechtl. Bedenken Bd. I, Bed. 83.

Digitized by Google

römischem Rechte der Ehemann durch den Gant, welcher von unserem heutigen Konkursverfahren in seinem innersten Wesen verschieden war, das Verwaltungsrecht über das nicht in den Gant hineingezogene Vermögen der Ehefrau verloren habe.

Das Gleiche muß aber auch nach heutigem gemeinem Rechte behauptet werden, wo nicht aus der Natur der ehelichen Güterverhältnisse das Gegentheil folgt, wie dies bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der Fall ist. Denn hier verliert die Frau durch den Gant ihr Vermögen ebenso, wie der Mann, weil das Vermögen beider Ehegatten in eine ungetrennte unter der Verwaltung des Mannes stehende Masse zusammenfließt.[7] Auch in Deutschland steht dem Manne, als Haupt der Familie, über das sämmtliche von der Frau in die Ehe gebrachte Vermögen ein ausgedehntes Verwaltungsrecht zu, mag jenes Vermögen im Eigenthum der Ehefrau bleiben, was mit Ausnahme der allgemeinen Gütergemeinschaft in der Regel der Fall ist, oder nicht.[8] Aus welchem Gesichtspunkte dieses Verwaltungsrecht aufzufassen sei, darüber wurde schon viel gestritten. Manche leiten es von dem altdeutschen Mundium ab und erblicken darin eine Bevormundung, welche dem Manne über seine Frau zustehe.[9] Bei dieser Annahme kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Mann durch den Gant das Ver-

---

[7] Runde, deutsches Privatrecht (6. Aufl.) §. 606; Gerber, deutsches Privatrecht (5. Aufl.) §. 203; Scheerer, Gütergemeinschaft Thl. I, §. 63, S. 147; Mittermaier, deutsches Privatrecht (7. Aufl.) Bd. II, §. 401, 402: Eichhorn, deutsches Privatrecht (5. Ausg.) §. 308; Maurenbrecher, deutsches Privatrecht Bd. II, §. 545; Beseler, d. Priv.-R. Bd. II, §. 140, Ziff. V; Walter, d. P.-R. §. 207, 208.

[8] Eichhorn a. a. O. (3. Ausg.) §. 296, 298; Mittermaier a. a. O. (4. Ausg.) Bd. II, §. 340 ff.

[9] Mittermaier a. a. O. §. 333; Maurenbrecher a. a. O. Thl. II, §. 466; Lange, die Lehre von der Gütergemeinschaft VII, §. 4, S. 164; Seeger in Sarwey's Monatschrift Bd. I, S. 389, 390; Bd. V, S. 421.

Digitized by Google

waltungsrecht nicht verliert. Denn das Mundium ist ein Ausfluß des ehelichen Verhältnisses, es besteht fort, so lange die Ehe dauert und wird durch den Konkurs nicht im Entferntesten berührt.[10] Mag aber auch das Verwaltungsrecht des Ehemanns seinen Ursprung dem Mundium verdanken, so wird es doch wenigstens in seiner heutigen Gestalt richtiger als ein aus den Societätsgrundsätzen abzuleitendes, dem Manne für seine Person und aus eigenem Interesse zustehendes Recht aufgefaßt.[11] Aber auch von diesem Standpunkte aus läßt sich der Satz nicht vertheidigen, daß der Ehemann durch den Gant das Verwaltungsrecht über das Vermögen seiner Ehefrau verliere. Denn durch das Ganterkenntniß wird blos das Dispositionsrecht des Gemeinschuldners aufgehoben, seine übrigen Vermögensrechte, und zu diesen gehört sicherlich auch die Befugniß, das Vermögen seiner Ehefrau zu administriren und zu benützen, werden durch das Ganterkenntniß nicht berührt und selbst die Entziehung des Verfügungsrechtes erstreckt sich blos auf das zur gegenwärtigen Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners.[12] Wie also aus dieser Beschränkung der Verlust des Verwaltungsrechtes des Ehemanns abgeleitet werden könnte, ist nicht einzusehen. Vielmehr bleibt jenes Recht, so lange die Ehe dauert, ohne Rücksicht auf das Gantverfahren bestehen. Nur wenn Umstände eintreten, welche dem Ehemann die Ausübung desselben unmöglich machen, wie z. B. Abwesenheit, Wahnsinn ꝛc., ruht es zeitweise oder kann es auch gänzlich aufhören;[13] zu diesen Verhinderungsgründen läßt sich aber

[10] Mittermaier a. a. O. Bd. II, §. 333, Z. V; Seeger a. a. O. S. 390.

[11] Hufnagel, Mittheil. Bd. I, S. 50, 51; Sarwey in seiner Monatschrift Bd. V, S. 411, 412, 413; Wächter, ebendaselbst S. 421; Hufnagel, Mitth. Bd. I, S. 51.

[12] Schweppe, System §. 31; Gönner, Handbuch Bd. IV, Abh. 82, §. 24; Grolmann, Theorie (5. Auflage) §. 250.

[13] Seeger in Sarwey's Monatschr. Bd. I, S. 391, 392; Sarwey ebendaselbst Bd. V, S. 414 ff.

Digitized by Google

sicherlich das Konkursverfahren nicht rechnen. Ebenso hört das Verwaltungsrecht des Mannes auf, wenn der Mann auf dasselbe verzichtet, oder wenn er gerichtlich als Verschwender erklärt wird.[14] Allein auch diese beiden Fälle beweisen nichts für unsere Frage. Denn daß in der Verhängung des Gantverfahrens über den Ehemann ein Verzicht von Seite des letzteren auf seine Administrations- und Benützungsbefugniß nicht liegt, bedarf keiner Ausführung; und aus der Entmündigung des Mannes läßt sich kein Schluß auf den Konkurs ziehen, weil dieselbe auf ganz anderen Voraussetzungen beruht, als das Gantverfahren, weil nicht jeder Gantmann als Verschwender bezeichnet und umgekehrt Jemand für mundtodt erklärt werden kann, auch wenn er nicht überschuldet ist.

In Württemberg besteht die sogenannte Errungenschaftsgesellschaft als gesetzliches Institut, vermöge dessen jeder Ehegatte Eigenthümer seines beigebrachten Vermögens bleibt, dasjenige aber, was aus diesem beiderseits in die Gesellschaft eingeworfenen Vermögen, aus welchem zunächst die ehelichen Lasten zu bestreiten sind, gewonnen wird (die Errungenschaft), jedem Ehegatten zur Hälfte zufällt.[15] Ob und in wie weit auf diese partikuläre Gütergemeinschaft die römischen Grundsätze über dos und parapherna oder über Societät Anwendung finden, ist bestritten,[16] kann übrigens hier unerörtert bleiben. Ebenso erscheint hier der Streit, ob das Mundium des Mannes dessen Verwaltungsrecht am Vermögen der Frau zur Folge oder ob letzteres in einem andern Rechtsinstitut seinen Grund habe, unerheblich, weil jedenfalls das Pfandentwicklungsgesetz vom 21. Mai 1828 im Art. 2 den Satz an die Spitze stellt: „die Geschlechts-

[14] Vergl. Seeger a. a. O. S. 391.

[15] Landrecht von 1610 Thl. III, Tit. 7, §. 2, 3; Reyscher, württ. Privatrecht Bd. III, §. 557; Weishaar, württ. Privatrecht (3. Ausg.) Bd. I, §. 147.

[16] Bolley, 33 Aufsätze Nro. 8, S. 51; Sarwey, Monatschrift Bd. VIII, S. 462; Weishaar a. a. O. §. 150.

Digitized by Google

vormundschaft ist aufgehoben."[17] Hiernach steht dem Manne schon als Haupt und Faktor der ehelichen Gesellschaft ein unbeschränktes Verwaltungsrecht über sämmtliches von der Frau in die Ehe gebrachtes und von ihr nicht ausdrücklich zur eigenen Verwaltung vorbehaltenes Vermögen zu.[18] Er hat sogar nach der richtigen Ansicht die Befugniß, das bewegliche Vermögen der Frau zu veräußern, insbesondere deren Aktiva einzuziehen, zu cediren oder auf andere Weise wegzugeben.[19] Nur bezüglich der unbeweglichen Beibringenstheile ist er an die Zustimmung der Ehefrau gebunden.[20] Nun hat zwar Sattler[21] die Ansicht aufgestellt, daß mit dem Ausbruch des Gantes alle Rechte des Ehemanns in Absicht auf die Verwaltung und Benützung des Vermögens seiner Ehefrau erlöschen, weil durch den Gant sowohl nach gemeinem, als nach württembergischem Rechte die eheliche Societät aufhöre. Auch Kübel scheint sich zu dieser Ansicht hinzuneigen, indem er in der Bearbeitung von Stein's Erbrecht unter den Wirkungen der Anrufung der weiblichen Rechtswohlthaten in §. 222, Ziff. 4 anführt: Die Errungenschaftsgesellschaft werde aufgelöst; überlasse nachher die Frau wieder dem Manne ihr Vermögen, so sei, wenn nichts Anderes festgesetzt werde, anzunehmen, daß die Eheleute eine neue Errungenschaftsgesellschaft eingehen.[22] Ein Haupt-

[17] Wächter in Sarwey's Monatschrift Bd. V, S. 423; Hufnagel a. a. O. Bd. I, S. 50.

[18] Sarwey, Monatschrift Bd. VIII, S. 456, 457; Reyscher a. a. O. Bd. III, §. 561; Weishaar a. a. O. Bd. I, §. 153.

[19] Sarwey a. a. O. S. 456, 457; Bemerkungen hiezu von Sarwey ebendaselbst S. 458—466; Bemerkungen von Wächter ebendaselbst S. 472—492; Sarwey in seiner Monatschrift Bd. V, S. 408 ff.; Wächter, ebendaselbst S. 425; Reyscher a. a. O. Bd. III, §. 561; Weishaar a. a. O. Bd. I, §. 153. A. M. ist Bolley, Komment. Bd. III, §. 556, S. 1255.

[20] Landrecht Thl. II, Tit. 7, §. 12; Reyscher a. a. O. §. 561.

[21] Sattler in Hofacker's Jahrbüchern Bd. IV, Nro. 7, S. 153 ff.; in Sarwey's Monatschrift Bd. I, S. 107 ff.

[22] Stein's Handbuch des württ. Erbrechts. Neu bearbeitet von Kübel, (3. Aufl.), §. 222, S. 141 unter Berufung auf Bolley,

Digitized by Google

fall der Anrufung der weiblichen Freiheiten, d. h. des Verzichts auf die Errungenschaft ist aber gerade der Gant des Ehemanns. Allein die Sattler'sche Ansicht ist schon von Bockshammer und Seeger widerlegt worden und es wird daher an einer Hinweisung auf deren Ausführungen genügen, wenn gleich die Begründung nicht in allen Theilen richtig erscheint. Das Resultat geht im Wesentlichen dahin: das Verwaltungsrecht könne zwar dem Ehemanne, auch wenn er sich nicht im Gante befinde, unter gewissen Umständen entzogen werden, z. B. wegen offenbarer Verschwendung, selbst wenn keine gerichtliche Entmündigung erfolgt sei; aber durch den Ausbruch des Gantes allein verliere er die Verwaltung und Nutznießung an dem Vermögen der Frau nicht. Denn die einmal festgesetzte Errungenschaftsgesellschaft daure auch nach eingeleitetem Konkurs fort.[23] Ebenso ist Bolley der Ansicht, daß durch den Gant die Errungenschaftsgesellschaft nicht aufgelöst werde und es daher, wenn die Eheleute nachher wieder mit einander forthausen, keines neuen Vertrages in dieser Beziehung bedürfe.[24] Auch in der Praxis hat die Ansicht, daß durch den Gant das Verwaltungsrecht des Ehemanns aufgehoben werde, nie Eingang gefunden, vielmehr ist in den beiden von Hufnagel mitgetheilten Entscheidungen des Gerichtshofes in Tübingen vom 28. März 1821 und vom 17. Januar 1826 die Thesis aufgestellt und gründlich motivirt, daß durch den Gant das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemanns in Bezug auf das Vermögen seiner Ehefrau nicht unterbrochen werde.[25]

---

33 Aufsätze S. 370; Reyscher, württ. Priv.-R. Bd. III, §. 571; Hufnagel, Mittheil. Bd. I, S. 233; Tafel, Civilrechtssprüche Bd. II, S. 43.

[23] Bockshammer in Hofacker's Jahrbüchern Bd. IV, Nro. 14, S. 305 ff.; Seeger in Sarwey's Monatschrift Bd. I, S. 386.

[24] Bolley in Sarwey's Monatschr. Bd. VIII, S. 221, 222, besonders Note 3.

[25] Hufnagel, Mittheilungen Bd. I, S. 48 ff. und S. 527 ff.

Digitized by Google

§. 11.

c. Hinsichtlich der Fähigkeit, Vermögen zu erwerben.

Die durch das Ganterkenntniß herbeigeführte vermögensrechtliche Beschränkung des Gemeinschuldners bietet aber noch eine andere, der bisher erörterten korrespondirende, Seite, nemlich die Fähigkeit des Gemeinschuldners, während des Gantverfahrens Vermögen zu erwerben.

Soviel ist ausgemacht, daß das sämmtliche zur Zeit der Eröffnung des Gantverfahrens vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners, bestehe solches in beweglichen oder unbeweglichen Gegenständen, in Sachen oder in Rechten, zur Konkursmasse gehört. Das Gleiche ist der Fall bezüglich aller derjenigen Vermögenstheile, deren Erwerb auf einem zu dem angegebenen Zeitpunkte schon vorhandenen Rechtsgrunde beruht, wenn auch der wirkliche Erwerb erst später eintreten sollte; z. B. dem Gemeinschuldner war schon vor dem Ausbruch des Gantes eine Sache unter einer Bedingung geschenkt worden, welche erst nachher eintritt, oder der Kridar hatte vor der Eröffnung des Konkurses einen Gegenstand mit der Bestimmung gekauft, daß das Eigenthum erst zu einer in das Gantverfahren fallenden Zeit auf ihn übergehen solle. [1] Der Grund liegt darin, daß für den Gemeinschuldner das Recht zur entscheidenden Zeit schon existirte und nur dessen Realisirung, d. h. der effektive Erwerb des Objektes jenes Rechtes noch ungewiß war. [2] Indeß kann es sich hier nur von Sus-

[1] In einer Entscheidung des Gerichtshofes in Ulm vom 26. Juni 1856 wurde gesagt: „Es folgt aus der Natur des Konkurses als eines, einen allgemeinen Vermögensangriff enthaltenden, eigenthümlich modifizirten, Vollstreckungsverfahrens, daß zu der unter die Gläubiger zu vertheilenden Aktivmasse dasjenige als Gegenstand der Vollstreckung wegen Geldforderungen dienende Vermögen zu ziehen ist, welches der Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Gantverfahrens schon erworben hatte oder welches ihm während des Gantverfahrens vermöge eines zu jenem Zeitpunkte bereits erworbenen Rechtes zufällt."

[2] Aus diesem Grunde werden häufig auch Dienst- und Ruhe-

Digitized by Google

pensivbedingungen handeln, da bekanntlich die Resolutivbedingungen den Erwerb nicht aufschieben.[3] Von dieser allgemeinen Regel werden übrigens Ausnahmen gemacht, die so ziemlich unbestritten sind, nemlich

a) bezüglich des interimistischen Eigenthums des Ehemannes an der dos;[4]

b) ferner bezüglich des ususfructus paternus am peculium adventitium des Hauskindes;[5]

c) hinsichtlich aller höchst persönlichen Rechte, die nicht einmal durch einen Andern ausgeübt werden können;[6]

d) der Ehrenzeichen;[7]

---

gehalte zum Aktivvermögen des Gemeinschuldners gerechnet, welche nach der muthmaßlichen Lebensdauer des letzteren zu berechnen und zu verweisen seien, weil auch bei ihnen das Recht selbst schon durch den Dienstvertrag erworben werde und nur der Bezug der einzelnen Raten von der Dienstleistung beziehungsweise dem Leben des Berechtigten abhängig sei. Vergl. Heffter, System §. 545; Puchta, Beiträge Bd. II, §. 52, S. 9; Bayer, Theorie §. 25; Schweppe, System §. 35, 39; Bolley, Entw. Bd. II, §. 1710 c; Fecht, das Konkursverfahren S. 27; Bazing, die Ges. und Verordnungen über das Gantwesen in Württemberg S. 63, 64, Note 2, 3; Sarwey, Monatschr. Bd. XI, S. 157. Siehe jedoch hierüber unten Note 22 zu §. 11. Bürgerliche Nutzungen sind zur Gantmasse zu ziehen. Vergl. Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung, Jahrg. 1866, S. 301.

[3] l. 2, §. 4, 5 D. pro emt. (41. 4.)

[4] l. 29, 30 Cod. de jure dot. (5, 12); Bangerow, Leitfaden Bd. I, S. 321; Weiske, Rechtslexikon Bd. II, S. 832, 833; Bayer, Theorie §. 25, lit. d; Morstadt, Civilprozeßschlüssel, §. 434; Mackeldey, Lehrbuch §. 774, lit. d; Schweppe, System §. 39.

[5] Schweppe, System §. 39; Weiske, a. a. O., Bd. II, S. 833; Bayer, a. a. O. Nro. 6; Morstadt, a. a. O. §. 434.

[6] Bayer, Theorie §. 25, lit. b; Weiske, a. a. O. S. 832; Leyser, Medit. ad Pand. Vol. VII, Spec. 490, med. 4; Schweppe, a. a. O. §. 38.

[7] l. 29, D. de reb. auct. jud. (42, 5); Schweppe a. a. O. §. 38; Weiske, a. a. O. Bd. II, S. 831; Bayer, a. a. O. §. 25, lit. c; Mackeldey, a. a. O. §. 774.

Digitized by Google

e) der nöthigsten Kleider und Hausgeräthe, sowie des nothdürftigen Gehaltes des Beamten. [8]

In der letztern Beziehung trifft man sehr verschiedene Ansichten, was zu der sog. Kompetenz des Gemeinschuldners gehöre; ob z. B. dem Handwerksmanne sein Werkzeug, dem Gelehrten seine Bibliothek ꝛc. gelassen werden müsse. So viel aber steht fest, daß man sich in Willkürlichkeiten verliert, wenn in der Theorie in Einzelnheiten eingegangen wird. Das Prinzip ist, daß dem Gemeinschuldner nur das Allernothwendigste gelassen werden soll, was zur Fristung seines und der Seinigen Leben durchaus unentbehrlich ist; die Anwendung dieses Grundsatzes auf den konkreten Fall wird in der Regel keine großen Schwierigkeiten bieten. Würde Streit über die Größe der Kompetenz oder darüber entstehen, ob ein Gegenstand zur Kompetenz des Gemeinschuldners zu rechnen sei, oder nicht; so hat hierüber das Konkursgericht als solches zu entscheiden, und es findet gegen dessen Beschluß, als einer bloßen Exekutionsverfügung (im Sinne des Art. 38 des Exekutionsgesetzes vom 15. April 1825), nur eine außergerichtliche Beschwerde statt. [9]

Was insbesondere noch die Staatsdiener betrifft, so tritt die weitere Rücksicht auf das Ansehen des Amtes, das sie zu bekleiden haben, und das öffentliche Interesse, welches ihren Händen anvertraut ist, ein, und diese Rücksicht erfordert, daß der Beamte wenigstens in einer solchen Lage bleibe, daß er, wenn auch spärlich, doch wenigstens mit Anstand und ohne das Amt zu gefährden, leben kann. [10]

---

[8] Mackeldey, a. a. O. §. 774; Weiske, a. a. O. S. 832; Bayer, a. a. O. §. 25, lit. f, Nro. 8; Schweppe, System §. 38.

[9] Nicht zu verwechseln mit dieser Kompetenz ist die Rechtswohlthat des Nothbedarfs (beneficium competentiae), über welche im Falle des Streites durch ein förmliches richterliches Urtheil zu entscheiden ist. Vergl. den Gemeinbescheid des Obertribunals vom 25. Januar 1853 (Reg.-Bl. S. 46). Dieses Archiv Bd. VIII, S. 142; Bd. IX, S. 450.

[10] Nach römischem Rechte war dies nicht der Fall. Vergl. l. 4, Cod. de execut. rei jud. (7, 83.) Heut zu Tage ist aber der

Digitized by Google

Bei Privatdienern trifft dies Verhältniß nicht zu. Man spricht zwar auch von ausgelassenen Gütern und setzt ihnen die verheimlichten entgegen. Allein diese Unterscheidung entbehrt aller logischen Begründung. Unter jenen versteht man nemlich diejenigen Vermögenstheile, auf welche die Kreditorschaft aus irgend einem Grunde verzichtet, unter diesen solche Objekte, die der Gemeinschuldner unterschlagen, d. h. der Verfügung seiner Gläubiger entzogen hat. Es liegt daher ganz in der Natur der Sache, daß die Rechte der Gläubiger gegenüber von beiderlei Objekten verschieden sind, und daß die Vermögenstheile, an welche die Gläubiger keinen Anspruch machen *wollen*, in dem freien Eigenthum des Gemeinschuldners bleiben, daß sie unter Umständen als Objekte eines neuen Angriffs erscheinen können, und daß sich der Präklusivbescheid auf sie nicht bezieht, während anderer Seits die vom Gemeinschuldner verheimlichten, folglich den Gläubigern wider ihren Willen und unrechtmäßiger Weise entzogenen Sachen als zur Gantmasse gehörig betrachtet werden müssen, daß den präkludirten Gläubigern kein Anspruch auf dieselben zukommt, weil sie ja von der gegenwärtigen Aktivmasse ausgeschlossen sind, und daß sie, sobald sie entdeckt werden, ordnungsmäßig zur

---

Grundsatz wohl überall anerkannt. *Schweppe*, System §. 39, Z. 2; *Gönner*, a. a. O. S. 586. Manche Partikular-Gesetzgebungen enthalten auch Bestimmungen über das Maaß der Besoldung, welche dem Gemeinschuldner gelassen werden muß. So setzt das württemb. Exekutionsgesetz vom 15. April 1825 fest, daß Besoldungen, Quieszenzgehalte und Pensionen öffentlicher Diener nur zum dritten Theile ihres Betrages in Beschlag genommen werden können (vergl. das Exekutionsgesetz Art. 42 und das Gesetz vom 28. Juni 1821 §. 11, Reg.-Bl. S. 445), wobei indeß darüber Streit herrscht, ob die Gerichte unbedingt verpflichtet seien, ein Drittel des Gehaltes auf den Antrag der Gläubiger als Exekutionsobjekt zu verwenden, oder ob ihrem Ermessen anheim gegeben sei, die Größe des dem Diener übrig zu lassenden Diensteinkommens nach den Umständen zu bestimmen, wobei ihm wenigstens zwei Drittel bleiben müssen. Vergl. Gemeinbescheid des K. Obertribunals vom 24. Sept. 1853, Reg.-Bl. S. 431.

Digitized by Google

Veräußerung zu bringen und ihre Erlöse nachträglich zu verweisen sind, wie wenn sie von Anfang an in der Gantmasse vorhanden gewesen wären. [11]

Bezüglich der Frage: „ob zur Gantmasse auch das vom Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkursverfahrens erworbene Vermögen gehöre, oder ob vielmehr der Gantmann während des Laufes des Gantes für sich Vermögen erwerben könne?“ stellen manche Rechtslehrer den Satz auf, daß alles Vermögen, welches der Gemeinschuldner während der Dauer des Konkurses erwerbe, in die Masse falle und zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden müsse. [12] Man beruft sich hiebei auf den Satz: daß der

---

[11] Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. II, S. 821; Gönner, Handb. Bd. IV, S. 586; Reinhardt, die Lehre vom Gant §. 76; Bayer, Theorie §. 55; Dabelow, Konk. (1792) Thl. II, §. 175, S. 128, §. 176, 177; Schweppe, System §. 53. Dieser behauptet jedoch, die Gantgläubiger können die ausgelassenen Güter außergerichtlich, d. h. außer dem Konkurs in Anspruch nehmen, um sich schneller zu befriedigen. Dieß ist aber in dieser Allgemeinheit gewiß unrichtig; diejenigen Vermögenstheile, auf deren Beiziehung zur Gantmasse die Gläubiger verzichtet haben, sind ganz einem neuen Erwerb des Gemeinschuldners gleich zu achten, und können daher von den Gläubigern nur unter den Voraussetzungen in Anspruch genommen werden, unter welchen überhaupt ein erneuerter Angriff des Gantmanns statthaft ist. Der neue Angriff kann auch im Wege des gewöhnlichen Exekutionsverfahrens erfolgen. Man hat sich zwar dafür, daß der präkludirte Gläubiger, welcher verheimlichte Gegenstände des Gemeinschuldners entdeckt hat, sich an diese halten könne, auf l. 10, §. 16 D. de his, quae in fraud. cred. (42, 8) berufen. Allein dieses Gesetz, welches lediglich auf den Grundsätzen der römischen missio in bona beruht, beweist für unsere Frage nichts. Vergl. hierüber Dabelow, Konk. (1801), S. 539; Gönner a. a. O. Bd. IV, S. 536, Note g; Kori, System §. 74.

[12] Morstadt, Civilprozeßschlüssel §. 434; Danz, summar. Proz. §. 159; Puchta, Beiträge Bd. II, §. 8, S. 17, §. 25; Reinhardt, die Lehre vom Gant §. 76; Bayer, Theorie §. 26; Schweppe, System §. 35, Z. 2; Mackeldey, Lehrbuch §. 774; Hefftter, System §. 540. Nur bei Vermögensabtretungen soll sich

Digitized by Google

fortdauernde Konkurs fortwährend an sich ziehe, sowie auf einige Gesetzesstellen, nämlich: l. 10, §. 16, D. quae in fraud. cred. (42, 8); l. 4, D. de curat. bonis dando. (42, 7); l. 40, D. de oper. liber. (38, 1) und Nov. 135. Allein die Attraktivkraft des Konkurses besteht nicht in einer allgemeinen magnetischen Gewalt, welche Alles, was sich dessen Kreise naht, in denselben hineinzieht, sondern äußert sich in sehr bestimmten Formen und Wirkungen, die mit der Universalität dieses Verfahrens zusammenhängen, die sich, wie oben gezeigt, besonders auf den Gerichtsstand und das auswärts gelegene Vermögen des Gemeinschuldners beziehen [13] und in der sehr richtigen Idee ihren Grund haben, daß eine durchaus gerechte und gleichheitliche Vertheilung der Masse nur dann möglich sei, wenn der ganze Prozeß gegenüber von allen Gläubigern und in Bezug auf das gesammte Vermögen vor einem und demselben Gerichte und nach den nemlichen Gesetzen durchgeführt werde.

Die l. 10, §. 16 cit. behandelt den Fall, wo ein Gläubiger den mit einer Summe Geldes durchgegangenen Gemeinschuldner auffängt und demselben das, was er ihm schuldete, abnimmt, und hier wird dann als Entscheidung Julian's angeführt: multum interesse, antequam in possessionem bonorum ejus creditores mittantur, hoc factum sit, an postea: si ante, cessare in factum actionem; si postea, huic locum fore. Allein abgesehen davon, daß die Römer ein Konkursverfahren nach unsern heutigen Prinzipien gar nicht kannten, und daß die missio in bona, welche mit der venditio bonorum an die Stelle der alten strengen, durch die lex Petillia Papiria aufgehobenen, Personalexekution trat, ganz andere Wirkungen hatte, als unser heutiges Ganterkenntniß, soferne sie den Gläubigern,

---

nach Hefftter die Konkursmasse auf die dazumal vorhandenen Vermögensobjekte beschränken.

[13] Vergl. Kori, System §. 23.

wenn auch nicht den juristischen Besitz, so doch eine detentio,[14] insbesondere aber ein prätorisches Pfandrecht verlieh;[15] so kann daraus, daß das Gesetz die actio in factum gegen einen Gläubiger gestattet, welcher sich auf die angegebene Weise einseitig bezahlt gemacht hat, in der That nicht gefolgert werden, daß der Gemeinschuldner nach eröffnetem Konkurse nicht berechtigt sein sollte, für sich Vermögen zu erwerben.

Die l. 4 und 40 cit. werden in der Richtung angeführt, daß aus ihnen hervorgehe, wie das römische Recht bei dem neuen Erwerb mehr auf die venditio bonorum, also auf das Ende des Verfahrens sehe, als auf den Anfang, woraus ein Gleiches auch für unsere Frage zu folgern sei. Man sagt: die venditio bonorum, welche eine successio per universitatem bewirkte,[16] bildete den Schluß des Verfahrens gegen den bisherigen Schuldner; wenn nun die Gesetze bestimmen, daß erst dasjenige, was der Gemeinschuldner post bona vendita erringt, als ein neuer Erwerb betrachtet werden kann, so folge, daß auch jetzt noch Alles, was er bis zum Schlusse des Gantverfahrens erwirbt, zur Konkursmasse gezogen werden muß. Allein bei der Anwendung der römischen Gesetze auf unser heutiges Gant-

[14] l. 3, §. 23 D. de acq. vel amitt. possess. (41, 2) — „qui creditorem rei servandae causa ... mittit in possessionem, ...; non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit." — l. 10, §. 1 ibidem — „denique rei servandae causa ... non possident, sed sunt in possessione custodiae causa." — l. 3, §. 8 D. uti possidetis (43, 17) „Creditores missos in possessionem rei servandae causa, interdicto uti possidetis non uti posse, et merito, quia non possident.

[15] l. 26 pr. D. de pignor. act. (13, 7) „Non est mirum, si ex quacunque causa Magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui." cfr. l. 35 D. de reb. auct. jud. possid. (42, 5).

[16] Gaji Instit. Lib. II, §. 97, 98. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur. — Si cujus bona emerimus — ejus res ad nos transeunt. cfr. Lib. III, §. 77.

Digitized by Google

verfahren muß man stets die Grundverschiedenheit dieser beiderlei Prozeduren im Auge behalten, woraus sich von selbst ergibt, daß die Sätze des römischen Rechtes nicht unbedingt auf unsern Gantprozeß angewendet werden dürfen. Insbesondere war das römische Verfahren ein viel kürzeres und einfacheres, es hatte darum in der Regel wenig praktischen Werth, ob der Gemeinschuldner während desselben einen Erwerb machen konnte oder nicht; das römische Recht kannte nicht die verschiedenen Stadien des Gantverfahrens, wie unser heutiger Prozeß, namentlich zeichnen sich die römischen Gesetze, auch nachdem das alte strenge Verfahren gegen die Person längst erloschen war, durch eine Härte gegen den Gemeinschuldner aus, von der sich in unserem Konkursprozeß nirgends eine Spur findet, und es würde dem Geiste dieser Prozedur völlig widerstreben, wenn man den Gantmann während der oft Jahre langen Dauer des Verfahrens für erwerbunfähig erklären wollte.

Hiemit steht die l. 6. D. de cessione bonorum (42, 3) im Zusammenhange. Dieses Gesetz behandelt die Frage: unter welchen Umständen ein Schuldner, qui bonis suis cessit, auf's Neue angegriffen werden könne, si modicum aliquid post bona sua vendita adquisivit. Auf diese Stelle kann aber, abgesehen von den zuvor angeführten Gründen, schon darum kein entscheidendes Gewicht gelegt werden, weil sie nicht die Frage: was unter neuem Erwerb zu verstehen sei? behandelt, sondern die Bedingungen erörtert, unter denen ein Schuldner, der einen neuen Erwerb gemacht hat, wieder angegriffen werden dürfe, weil sie mit andern Worten das beneficium competentiae bespricht, welches bekanntlich das Dasein eines neuen Erwerbes schon voraussetzt.

Die Nov. 135 endlich bezieht sich ausschließlich auf den Antritt einer Erbschaft, von dem noch weiter unten zu handeln sein wird.

Andere Rechtslehrer suchen die Zweifel durch Distinktionen zu beseitigen. So unterscheidet Dabelow, ob eine

Digitized by Google

cessio bonorum vorgekommen sei oder nicht. Im ersten Falle gehöre nur dasjenige Vermögen zur Konkursmasse, welches zur Zeit der Abtretung dem Schuldner gehörte, im zweiten Falle aber auch dasjenige, was vom Gemeinschuldner erst während des Gantes aus einem neuen Rechtsgrunde erworben worden sei.[17]

Gönner behauptet, der künftige (d. h. der nach ausgebrochenem Konkurse gemachte) Erwerb gehöre dann zur Gantmasse, wenn der Rechtsgrund desselben schon zur Zeit des entstandenen Konkurses eingetreten gewesen sei; im Falle der Güterabtretung aber gehöre das nach der Abtretung erworbene Vermögen nicht zur Gantmasse, sondern sei als neu zu betrachten, wenn die Gläubiger es mit dem Gemeinschuldner in Beziehung auf die Wohlthaten der Güterabtretung zu thun haben; haben sie es aber mit einem Dritten, z. B. einem präkludirten Gläubiger zu thun, so sei jenes Vermögen nicht als neues zu betrachten.[18]

Bolley in seinen Entwürfen und Anträgen geht davon aus, daß das beim Beginne des Konkursverfahrens, sei es mit beschränktem oder unbeschränktem Rechte vorhandene, sowie das von dem Gemeinschuldner nicht veräußerte und das ihm auf der Flucht abgenommene Vermögen zur Gantmasse gehöre; daß das von dem Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens erworbene Vermögen von der Gläubigerschaft zur Konkursmasse gezogen werden könne, das nach völlig beendigtem Konkurse vom Gemeinschuldner erworbene Vermögen dagegen keinen Theil der Konkursmasse bilde.[19]

Es kann hier dahingestellt bleiben, welchen legislatorischen Werth die zuletzt angeführte Ansicht hat; konsequent scheint jedenfalls das nicht zu sein, daß die Gläubiger so zu sagen stets vorher gefragt werden sollen, ob sie auf den

[17] Dabelow, Konk. (1792) Thl. II, §. 174, S. 126; Vergl. Thl. I, §. 33, 34 (1801) S. 837 ff.

[18] Gönner, Handb. Bd. IV, Abh. 82, §. 11, S. 526 ff.

[19] Bolley, Entw. Bd. II, §. 1710, 1741.

Digitized by Google

Erwerb des Schuldners Anspruch machen wollen oder nicht. Denn wenn dieser Erwerb zur Gantmasse gehört, und darin liegt am Ende doch der Kern der Bolley'schen Meinung, so muß er ohne Weiteres zu derselben gerechnet und gezogen und so lange bei ihr behalten werden, als die Gläubiger nicht auf ihn verzichtet haben; warum es noch einer besondern Thätigkeit, eines Anrufens ꝛc. von Seite der Gläubiger bedürfen sollte, um zu ihrem Rechte zu gelangen, ist nicht einzusehen. Im Uebrigen reicht man mit den obigen Distinktionen nicht aus. Denn die cessio bonorum im Sinne und mit den Wirkungen des römischen Rechts kommt bei uns nicht mehr vor; sodann muß eine Güterabtretung in jedem nicht durch Vergleich erledigten, sondern bis an das Ende durchgeführten Gantprozesse stattfinden, die Unterscheidung wäre also illusorisch; endlich liegt das entscheidende Moment für die Beurtheilung der Dispositionsfähigkeit sicher nicht in der bonorum cessio, die ja auch in dem sogenannten außergerichtlichen Debitverfahren vorkommen kann, sondern in dem Ganterkenntniß.

Die richtige Ansicht geht wohl dahin: daß Alles dasjenige, was der Gemeinschuldner nach der Fällung des Ganterkenntnisses erwirbt, nicht mehr zur gegenwärtigen Gantmasse gehört, sondern ihm verbleibt, und daher unter Umständen das Objekt eines neuen Angriffs durch die präkludirten oder andere Gläubiger bilden kann. Der Gantprozeß bezweckt die Vertheilung des zur Zeit des Ausbruchs desselben vorhandenen Vermögens des Gemeinschuldners unter dessen Gläubiger. Nur dieses Vermögen wird auf die Gläubiger übertragen, wogegen der Gemeinschuldner auch nach Eröffnung des Gantverfahrens die Handlungsfähigkeit im Allgemeinen behält, somit Vermögensrechte erwerben und Verbindlichkeiten übernehmen kann. Daraus folgt, daß die Gläubiger durch die neuen Handlungen des Schuldners nicht verpflichtet werden, d. h. die zur Zeit des Ausbruchs des Gantes vorhandene Masse nicht belastet oder verringert wird, und daß umgekehrt das neu

Digitized by Google

erworbene Vermögen nicht zur Gantmasse, von welcher die neuen Gläubiger durch den Präklusivbescheid ausgeschlossen sind, gezogen werden kann. Man denke sich nun die Frage praktisch. Wenn das während des Gantverfahrens von dem Schuldner erworbene Vermögen zur Konkursmasse gehört, so muß die Gläubigerschaft nothwendigerweise auch die in dieser Zwischenzeit von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten anerkennen, eine Konsequenz, die am klarsten bei zweiseitigen Geschäften hervortritt. Nun liegt aber der Endpunkt des Gantverfahrens in der Gantverweisung, beziehungsweise in deren Eröffnung. Es müßten also alle bis dahin gemachten Erwerbe des Gemeinschuldners vertheilt, es müßten aber auch alle bis dahin eingegangenen Verbindlichkeiten berücksichtigt, es müßten nachträglich immer wieder Gläubiger aufgenommen werden, welche zur Zeit des Ausschlußbescheides und Lokationsurtheils vielleicht noch gar nicht existirt haben. Die hier vertheidigte Ansicht hat denn auch nicht nur gewichtige Autoritäten in der Doktrin für sich,[20] sondern kann auch in der Praxis[21] unbedenklich als die herrschende bezeichnet werden.

---

[20] Vergl. Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. II, S. 356; Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. II, S. 817, 831, 832; Schmid, Handb. Thl. III, S. 255, 257, 298, 299; Thibaut, Pand. (7. Ausg.) Thl. II, §. 1020; Fuchs, das Konkursverfahren §. 11, S. 48 ff.

[21] Seuffert, Archiv Bd. VI, Nro. 112; Bd. X, Nro. 322; Bd. XV, Nro. 270; württ. Archiv Bd. VI, S. 316 f.; Entsch. des Obertribunals in Stuttgart vom 12. April 1856 in S. R. gegen W. und vom 13. Januar 1858 in S. Sch. und Gen. gegen J.; siehe auch Fecht, das Konk.-Verf. §. 26, S. 28. Der gleiche Grundsatz findet sich in der allgemeinen bürgerlichen Prozeßordnung für das Königreich Hannover vom 8. Nov. 1850, §. 619 ausgesprochen. Vergl. Oppermann, Ausgabe dieses Gesetzes S. 272. Dem Verfasser dieses Aufsatzes selbst ist aus seiner vieljährigen Praxis bei verschiedenen Mittel- und Untergerichten nicht ein einziger Fall bekannt, wo der Gemeinschuldner angehalten worden wäre, das, was er während des Gantes durch Fleiß und Thätigkeit oder durch seine Gewandtheit erworben hatte, an die Masse abzuliefern, wohl

Digitized by Google

Aus dem Grundsatze, daß zur Aktivmasse nur das zur Zeit der Fällung des Ganterkenntnisses vorhandene Vermögen gezogen werden darf, folgt, daß bei Beamten oder andern Personen, welche einen fortlaufenden Gehalt beziehen, nur die in dem genannten Zeitpunkt bereits verfallenen Raten der Besoldung als Massetheile erscheinen, daß aber nicht durch Herbeiziehung auch der künftig verfallenden der Gant in das Unendliche fortgesponnen werden kann; denn auf diesen zukünftigen Gehalt hat der besoldete Diener noch kein Recht, er muß ihn erst durch seine Dienstleistungen erwerben, und diese können durch den Verlust des Amtes, durch Krankheit, Tod oder andere Zufälligkeiten unmöglich werden.[22] Ein anderes Verhältniß tritt bei Ruhegehalten ein. Denn wenn auch deren Erwerb von dem Leben des Pensionärs abhängt und wenn gleich der Letztere seines Ruhegehalts auch in Folge eigener Verschuldung oder unwiderstehlicher äußerer Umstände verlustig werden kann, so erscheint der Anspruch auf Pension doch als ein schon zur Zeit des Gantes erworbenes Vermögensrecht, und die hieraus fließenden einzelnen Raten sind nur

---

aber liegen für das Gegentheil eine Reihe von Entscheidungen vor, z. B. des Gerichtshofes in Ulm vom 26. Juni 1856, 16. Januar 1857, 21. Juli 1857. Es wird wohl auch den Gläubigern, außerordentliche Fälle ausgenommen, nie in den Sinn kommen, dem Gemeinschuldner jenes Recht streitig zu machen, weil sie dadurch nur die auf der Masse ruhende Last der Alimentation des Schuldners und seiner Familie vermehren würden.

[22] Kori, System §. 51; Sarwey, Monatschrift Bd. VI, S. 157, 158; Kübel in diesem Archiv Bd. VI, S. 319, Note 267; Bazing, Gantwesen S. 63, Note 2. Schweppe, System §. 39 ist der übrigens entschieden irrigen Ansicht, daß nach heutigem Rechte die Staatsbesoldungen gar nicht zur Gantmasse gezogen werden dürfen. Anderer Ansicht, als der oben vertheidigten, sind Heffter, System §. 545 und, wie es scheint, auch Fecht, Konkursverfahren S. 27. Andere sprechen sich nicht bestimmt hierüber aus, z. B. Puchta, Beiträge Bd. II, S. 52; Bayer, Theorie §. 25 a. E. §. 26, 69; Bolley, Entw. Bd. II, §. 1710c; Claproth, summar. Proz. §. 435, 438; vergl. oben Note 2 zu §. 11.

Digitized by Google

ihrem Verfalltermine nach bedingt, aber nicht, wie bei der Besoldung, von einer Dienstleistung oder sonstigen Thätigkeit des Berechtigten, sondern lediglich von dessen Leben abhängig. Die Pensionen sind daher wie andere betagte oder bedingte Leistungen zu behandeln.[23] Rein willkürlich wäre es aber, wenn das Gantgericht die Besoldung oder Pension auf die wahrscheinliche Lebensdauer des Gantmanns berechnen und diese gefundene Summe als einen Aktivausstand verweisen wollte. Denn dadurch würden sich die Gläubiger nicht nur ein Objekt anmaßen, auf welches der Gemeinschuldner selbst noch gar kein Recht erworben hat, sondern es würde auch den künftigen Gläubigern desselben zu Gunsten seiner früheren Kreditoren jedes Befriedigungsmittel zum Voraus ohne allen Rechtsgrund entzogen.[24]

Aus den bisher dargestellten Grundsätzen ergibt sich von selbst, welche Rechte den Gläubigern in Bezug auf die dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaften zustehen. Erbt der Letztere als suus haeres, so gehört der Erwerb in die Gantmasse, wenn die Erbschaft vor dem Ganterkenntniß angefallen ist, weil hier die Delation und die Adquisition in Eines zusammenfallen und der Erwerb ipso jure eintritt, wenn der suus nicht abstinirt;[25] tritt der Anfall nach dem Ganterkenntniß ein, so gehört die Erbschaft dem

[23] Mit diesen Sätzen steht die Ansicht des Obertribunals zu Stuttgart, was die Pensionen betrifft, nicht im Einklang. Vergl. württ. Archiv Bd. VI, S. 317—319; Seuffert, Archiv Bd. XV, Nro. 270.

[24] Daß das Leibgeding des Gemeinschuldners mit Ausnahme derjenigen Theile, die als höchst persönlich von der Person desselben nicht getrennt werden können, zu dessen Gantmasse gehöre, hat der Gerichtshof in Ulm in einer Entscheidung vom 17. November 1857 angenommen, welche am 16. März 1858 von dem K. Obertribunal bestätigt worden ist. Vergl. auch die schon oben erwähnte Entscheidung des Obertribunals zu Stuttgart vom 26. April 1862 in diesem Archiv Bd. VI, S. 317, 318 und Seuffert, Bd. XV, Nro. 270.

[25] Morstadt, Civilprozeßschl. §. 464; Dabelow, Konk. (1792) Th. I, §. 78, S. 231.

Digitized by Google

Gemeinschuldner, cfr. l. 1, §. 6 si quid in fraud. cred. (38, 5), kann aber möglicher Weise das Objekt eines neuen Angriffs werden. In andern Fällen, wo es zum Erwerb der Erbschaft eines besondern Willensaktes des Erblassers bedarf, entscheidet die Zeit der Acceptation, und zu letzterer kann der Schuldner so wenig, als zu irgend einem andern Erwerbe von der Gläubigerschaft genöthigt werden, denn er hat auch nach der Einleitung des Gantverfahrens volle Freiheit des Handelns, so weit hiedurch das vorhandene den Gläubigern zufallende Massevermögen nicht beeinträchtigt wird.[26] Dieß geht aus l. 6 pr. und §. 2—5 D. quae

[26] Brunnemann, de processu concurs. §. IX; Heffter, System §. 528; Günther in Weiske's Rechtslexikon a. a. O. S. 817; Geiger und Glück, Rechtsfälle Bd. III, S. 207; Puchta, Beiträge Bd. II, §. 8, S. 17 und §. 25; Schweppe, System §. 31, 38; Fuchs a. a. O. §. 9, S. 49; Bayer, Theorie §. 23, 26, Nro. 7; Mackeldey, Lehrbuch §. 774; Gensler im Archiv für civ. Pr. Bd. II, S. 356; Sarwey, Monatschr. Bd. II, S. 58 ff., und die dort angeführte Literatur; Thibaut, Pand. Thl. II, §. 1026; Günther, der Konkurs der Gläubiger S. 47; Schmid, Handb. Thl. III, S. 224 ff.; Kleiner, außerordentl. Civilprozeßarten Thl. I, S. 238; Seuffert, Handb. d. Proz. Bd. IV, S. 428; Bolley, Entw. Bd. II, §. 1741. Es ist hier nochmals auf die schon oben in Note 1 zu §. 11 erwähnte Entscheidung vom 26. Juni 1856 zu verweisen, in welcher diese Ansicht in folgender Art angewendet ist: „Im vorliegenden Falle war die Eröffnung des Gantes jeden Falls mit dem am 25. April 1855 erklärten Verzichte des Gemeinschuldners auf den Rekurs gegen das Ganterkenntniß eingetreten. Nun erfolgte der Antritt, somit die Erwerbung der Erbschaft von Seiten des Beklagten erst am 30. Juni 1855. Zwar werden durch die Gesetze die Wirkungen des Erbschaftsantritts auf die Zeit des Todes des Erblassers zurückbezogen und als damals schon eingetreten angesehen. Allein dieser Satz bezieht sich nur auf das Verhältniß des Erben zu dem auf ihn übergegangenen Aktiv- und Passivvermögen und berührt seine bisherigen Rechtsverhältnisse nicht. Wenn der Kridar während des Gantverfahrens eine Erbschaft, ohne von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch zu machen, antritt, und wenn sofort sich ergibt, daß das Aktivvermögen der Erbschaft zur Tilgung der Erbschaftsschulden nicht hinreiche, so haben die Erbschaftsgläubiger unzweifelhaft kein Recht auf Befrie-

Digitized by Google

in fraud. credit. (42, 8); l. 28 pr. D. de V. S. (50, 16); l. 67, §. 1 D. ad Senatuscons. Treb. (36, 1); l. 2, 3 Cod. de revoc. his, quae etc. (7, 75); cfr. l. 7, §. 17 D. de pactis (2, 14); l. 134 pr. D. de R. J. (50, 17) deutlich hervor. Die Nov. 135, welche für das Gegentheil angeführt wird, ist nicht glossirt.[27] Die Gläubigerschaft kann daher während des Gantverfahrens gegen den Willen des Gemeinschuldners und an dessen Stelle weder eine Erbschaft antreten, noch sonst einen Erwerb machen.[28]

---

digung aus der Gantmasse; denn dem Schuldner ist gegenüber der Gantmasse, aber auch nur ihr gegenüber, die Dispositionsfähigkeit entzogen. Daraus folgt umgekehrt, daß die Gantmasse aus einem während des Gantverfahrens erfolgten Erbschaftsantritt auch keine Rechte erwerben kann."— Der Meinung, daß der Gemeinschuldner befugt sei, einen ihm angefallenen Erwerb auszuschlagen, sind ferner: Fecht, Konkursverf. S. 34, 35; Tscherning in Sarwey's Monatschr. Bd. II, S. 58 ff.; Dabelow, Konk. (1792) Thl. I, §. 116 bis 118; Glück, Komment. Bd. XXXVII, S. 447; Kori, System §. 47; Heffter, Instit. S. 567; vergl. Archiv für civ. Praxis Bd. XX, S. 46; Braun, Erörterungen zu Thibaut S. 857; Seuffert, Pand. Bd. III, §. 670, S. 396; Holzschuher, Theorie Bd. II, 2, S. 217, Z. 8; Günther, Konk. S. 5. Anderer Meinung ist Kori, System (2. Aufl.) §. 54. Vergl. auch Lasperes im Archiv für civ. Pr. Bd. XXI, S. 45 ff. Sehr verschieden von dem Ausschlagen einer angefallenen Erbschaft ist die Abtretung des Erbrechts von Seiten des Gemeinschuldners an eine dritte Person. Denn diese setzt nothwendig einen vorausgegangenen Erbschaftsantritt von Seiten des Gemeinschuldners voraus, sie setzt voraus, daß der Letztere das ihm angebotene Erbrecht erworben habe, weil er es sonst nicht wieder abtreten könnte. Vergl. Kori, System §. 38, Note 152, unter Berufung auf Stapf, die Lehre vom Kontradiktor §. 54. In diesem Falle erwirbt zwar der Gemeinschuldner die Erbschaft durch den in der Abtretung liegenden Antritt, allein eine andere Frage ist es, ob er giltig über dieselbe wieder verfügen, ob er sie wieder an Andere veräußern könne. Denn hier greifen die Grundsätze über den Wiederangriff eines Verganteten ein.

[27] Vergl. Bayer a. a. O. §. 23, Note b; Schmid a. a. O. S. 225, Note 12; Dabelow, (1792) Thl. I, §. 123, S. 357.

[28] Heffter a. a. O. §. 528; Günther a. a. O. S. 817; Bayer a. a. O. §. 23.

Digitized by Google

§. 12.

3) Wirkungen des Ganterkenntnisses in Beziehung auf die Gläubiger,

a) in ihrem Verhältniß zum Gemeinschuldner.

Die wichtigste Wirkung des Ganterkenntnisses auf die Gläubiger besteht darin, daß das ordentliche Exekutionsverfahren ausgeschlossen wird, und daß sich die Gläubiger einer gewissen von den Gesetzen vorgeschriebenen Ordnung und Reihenfolge, in welcher ihre Befriedigung vor sich geht, zu unterwerfen haben, weil das vorhandene Vermögen zur Deckung aller Schulden nicht hinreicht. Die sehr umfangreiche und in vielen Theilen äußerst bestrittene Lehre von der Priorität und Lokation der Forderungen gehört jedoch nicht in den Kreis dieser Abhandlung.

Dagegen ist hier die bestrittene Frage zu erörtern, in welches Rechtsverhältniß die Konkursgläubiger durch die Eröffnung des Gantverfahrens zum Gemeinschuldner treten. Häufig findet man bei älteren Rechtslehrern die Ansicht, daß die Konkursgläubiger Universalrechtsnachfolger des Gemeinschuldners seien.[1] Andere Schriftsteller sprechen den Satz nicht geradezu aus, sind aber damit, daß sie sagen: die Kreditorschaft repräsentire den Schuldner aktiv und passiv, der Sache nach mit den Ersteren einverstanden.[2] Wieder Andere behaupten, die Gläubiger seien bloße Singularsuccessoren des Gemeinschuldners.[3] Daß die Konkurs-

---

[1] Vergl. die von Dabelow (1792) Thl. I, S. 102, Note 49, 50 cit. Schriftsteller. Bei den alten Römern fand übrigens eine Universalsuccession des bonorum emtor im ausgedehntesten Sinne statt, so daß derselbe sogar die sacra privata des Schuldners übernehmen mußte. Vergl. Savigny, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. II, S. 374 ff.; Mittermaier, der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß 3. Beitrag S. 214.

[2] Linde, Lehrbuch §. 434, Nro. 7; Martin, Lehrbuch §. 311.

[3] Thibaut, Pand. (7. Ausgabe) Thl. II, §. 1021; Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. II, S. 347 ff., §. 3; Mackeldey, Lehrbuch §. 772; Puchta, Beiträge Bd. II, S. 49; Rühl

gläubiger nicht als Universalnachfolger betrachtet werden können, ergibt sich jedoch aus der Betrachtung, daß nicht die Gesammtheit der Vermögensrechte des Gemeinschuldners auf sie übertragen wird, sondern nur ein Theil derselben, nur das zur Zeit der Eröffnung des Gantes vorhandene Vermögen, und zwar, wie gezeigt, auch dieses nicht einmal in seinem ganzen Umfange; daß ferner die Gläubiger, wie allgemein anerkannt ist, nicht verpflichtet sind, die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners zu erfüllen, daß sie vielmehr lediglich das vorhandene Vermögen nach gesetzlicher Vorschrift unter sich zu vertheilen haben; daß endlich das ganze Gantverfahren mit der Unterstellung einer Universalsuccession sich nicht vereinigen läßt, denn in diesem Falle würden die Forderungen der liquidirenden Gläubiger im Augenblick des Eintritts in die Rechtssphäre des Gemeinschuldners erlöschen, weil Niemand gegen sich selbst Verbindlichkeiten haben kann, wogegen sie in Folge der Universalnachfolge die nicht liquidirenden Gläubiger zu befriedigen hätten.[4] Es läßt sich aber auch die Annahme einer Singularsuccession nicht rechtfertigen, weil, wie oben §. 9 ausgeführt wurde, das Vermögen des Gemeinschuldners nicht auf seine Gläubiger übertragen wird, weil er vielmehr Eigenthümer und Civilbesitzer bleibt und die Gläubiger lediglich als Verwalter fremden Vermögens zu eigenem Nutzen erscheinen, deren Rechte ausschließlich durch den Zweck ihrer Befriedigung bedingt sind. Es können daher die Konkursgläubiger überhaupt nicht als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners, weder als universelle, noch als singuläre betrachtet werden.[5] Hieraus folgt weiter, daß alle Rechtsverhältnisse, in welche der Gemeinschuldner vor dem Ausbruche

im Archiv für civ. Praxis Bd. V, S. 226; Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. II, S. 808; vergl. Günther, Konkurs S. 34.

[4] Vergl. Kapff, merkwürd. Civilrechtsspr. Bd. I, Nro. 26; Bayer, Theorie §. 29.

[5] Diese Ansicht theilen auch Dabelow, Konk. (1792) Thl. I, §. 36; Schweppe, System §. 59; Morstadt, Civilprozeßschl. §. 434; Fuchs, das Konkursverfahren §. 8, S. 44 ff.

Digitized by Google

des Gantes gegenüber von dritten Personen getreten ist, z. B. Kauf-, Tausch-, Pacht- und andere Verträge sich lediglich nach seiner Person bestimmen, und daß die Gläubiger bloß diejenigen Rechte ausüben können, welche dem Gemeinschuldner selbst zustehen, wogegen sie bei zweiseitigen Geschäften auch die ihm obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen haben.[6] Aus sich selbst oder als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners haben sie keinerlei Rechte oder Pflichten gegen Dritte, sie sind daher für sich auch in keiner Weise verbunden, die von dem Gemeinschuldner eingegangenen Verträge festzuhalten, sie können dieß zwar an dessen Stelle und als dessen Verwalter thun, wenn sie wollen, in diesem Falle aber ist es, so lange sie nicht für sich selbst auf's Neue kontrahiren, gerade so anzusehen, als ob der Gemeinschuldner das Verhältniß fortsetze, wie umgekehrt, wenn sie z. B. in einem Pachtverhältniß vertragswidrig handeln, dieses so aufgefaßt werden muß, als habe der Gemeinschuldner selbst den Vertrag gebrochen, woraus natürlich der Gegenpartei ihre Entschädigungsansprüche erwachsen. Hiemit hängt die Frage zusammen, ob ein Gläubiger, welcher sich auf rechtmäßige Weise im Besitze einer dem Gemeinschuldner gehörigen Sache befindet, wie z. B. ein Faustpfandgläubiger, sich gegen die von der Gläubigerschaft angestellte rei vindicatio mit der exceptio retentionis schützen könne? Man hat diese Frage bejaht,[7] weil der Konkurs

---

[6] Schmid, Handbuch Thl. III, S. 217 ff.; Linde, Zeitschrift Bd. XIII, S. 67; Dabelow, Konk. (1801) S. 279—282, 709 ff.; Thibaut, System Thl. II, §. 1021; Schweppe, System §. 34, 62; Bolley, Entw. Bd. II, §. 1744; Holzschuher, Theorie Bd. II, 2, S. 215 ff.; Bayer, Theorie §. 30 ff.; Puchta, Beitr. Bd. II, S. 49; Günther in Weiske a. a. O. S. 821; Kori, System §. 51, 52. Vergl. übrigens auch die Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines gemeinsamen deutschen Obligationenrechtes S. 2192, 2193, 2226—2228.

[7] Mackeldey, Lehrbuch §. 772; Fuchs, das Konkursverfahren §. 7, S. 39—41; Braun, Erörterungen über Thibaut's Pand. S. 853; Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. II, S. 168.

Digitized by Google

das dingliche Recht des Faustpfandgläubigers nicht berühren könne. Es werden noch verschiedene weitere Gründe geltend gemacht, die aber von Dabelow und Günther[8] sehr gut widerlegt worden sind. Uebrigens ist Letzterer aus andern Gründen selbst auch der nämlichen Ansicht.[9] Die Mehrheit der Rechtslehrer nimmt übrigens an, daß das Retentionsrecht durch den Gant ausgeschlossen werde, und daß daher auch der Faustpfandgläubiger verbunden sei, das Faustpfand behufs seiner Befriedigung an die Gantmasse herauszugeben.[10] In Württemberg besteht die ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, daß der Faustpfandgläubiger im Falle eines Gantes sein Faustpfand an die Gantmasse abgeben müsse, aus welcher er nach Maßgabe des Prioritätsgesetzes seine Befriedigung zu gewärtigen habe.[11] Hievon sind jedoch die kaufmännischen Faustpfänder nach Art. 310 und 311 des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches ausgenommen.

Eine weitere bestrittene Frage ist es, ob und in wie weit ein Gläubiger, welcher zugleich Schuldner der Masse ist, sich auf die Einrede der Kompensation berufen könne. Eine genauere Erörterung dieser schon so vielfach besprochenen Materie würde für den Zweck dieses Aufsatzes zu weit

---

[8] Dabelow, Konk. (1792) Thl. II, §. 143—157; Günther a. a. O. Bd. II, S. 849—851.

[9] Günther a. a. O. S. 851—853.

[10] Morstadt, Civilprozeßschlüssel §. 434, Z. IV; Danz, summar. Proz. §. 160, 186; Dabelow, Konk. (1792) Thl. II, §. 147 (1801) S. 682; Gönner, Handbuch Bd. IV, Abh. 82, §. 10, S. 518; Puchta, Beiträge Bd. II, §. 24, S. 56, §. 164, S. 343; Bayer, Theorie §. 28; Linde, Lehrbuch §. 434; Kori, System §. 65; Glück, Komment. Bd. XV, S. 132. Eine etwas abweichende Meinung hat aufgestellt Bangerow, Leitfaden Bd. I, S. 793; Bolley, Entw. Bd. II, §. 1781 b; Schmid, Handbuch Thl. III, S. 208; Seuffert, Archiv Bd. IV, Nro. 197.

[11] Pfandgesetz vom 15. April 1825 Art. 254, Abs. 3; Prioritätsgesetz vom 15. April 1825 Art. 8, Abs. 2; Fecht, das Konkursverfahren S. 37.

Digitized by Google

führen.[12] Die richtige Ansicht, welche auch von den meisten Rechtslehrern getheilt wird, geht dahin, daß man unterscheiden müsse, ob die Gegenforderung vor Fällung des Ganterkenntnisses oder nachher entstanden sei. Im ersten Falle ist die Kompensation unbedingt zulässig, weil die sich gegenüberstehenden gleichartigen Forderungen in dem Augenblicke erlöschen, in welchem sich auf die Kompensation berufen wird, und zwar ex tunc. Denn die Einrede ist von dem Augenblicke an vorhanden, wo Forderung und Gegenforderung sich gegenüberstehen. Macht nun der Schuldner des Gemeinschuldners von derselben Gebrauch, so ist die Folge davon, daß sich die Forderungen als schon mit dem Zeitpunkte, zu welchem sie sich als zur Kompensation geeignet

---

[12] Dabelow, Konkurs (1792) Thl. II, S. 1—48. Nur übersetzt derselbe, S. 6 vergl. mit S. 7, Note 71, das „dies venit" in l. 7 D. de compens. (16, 2) offenbar unrichtiger Weise mit „exigibel", während es sicherlich nichts anderes heißt als „Verfallensein"; cfr. l. 213 pr. D. de V. S. (50, 16) „venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit." Weiter sind über diese Materie zu vergleichen: Günther in Weiske a. a. O. S. 827; Gönner, Handb. Bd. IV, Abh. 82, §. 10, S. 518; Bayer, Theorie §. 33, 48; Bolley a. a. O. §. 1745, 1781a; Schweppe, System §. 52, 116, 149; Mackeldey, Lehrb. §. 772; Weishaar, über Konkurs und Präkurs S. 57—72, 116—120; Dernburg, Kompensat. S. 394; Schmid, Handbuch Thl. III, S. 209; Dabelow, Konk. (1801) S. 685 ff.; Harter, das Recht der Kompensation §. 16, 70; Overbeck, Med. Bd. VII, p. 369; Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. V, S. 437; Tauchnitz, Zeitschrift Bd. XIII, S. 244; Krug, die Lehre von der Kompens. §. 68, 69, S. 176, 183; Karrach, de praecipuis differentiis juris Romani et Germanici in compens. §. 12; Dorn, de compens. in concurs. cred. (Kiel 1754) §. 16; Kori, System §. 70; Berger, Oeconomia juris T. III, c. 15, §. 4, Note 3; Leyser, Meditat. Sp. 173, Med. 4, Sp. 174, Med. 5; Gmelin, die Lehre vom mat. Konkurs der Gläubiger §. 23; Mühlenbruch, die Lehre von der Cession (3. Aufl.) S. 231, Note 449; Seuffert, Archiv Bd. II, Nro. 117, Bd. VIII, Nro. 214, Bd. IX, Nro. 235, 236, Bd. X, Nro. 2, Bd. XI, Nro. 105, Bd. XV, Nro. 119; Fuchs, das Konkursverfahren §. 10, S. 60.

Digitized by Google

gegenüber getreten sind, aufgehoben darstellen. Hat daher der Schuldner des Gemeinschuldners *vor* der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Letzteren eine zur Kompensation geeignete Gegenforderung erworben, so bedient er sich, wenn er nach der Konkurseröffnung die Einrede der Kompensation vorschützt, nur eines von ihm schon vor jenem Zeitpunkte erworbenen Rechtes, welches ihm durch die Konkurseröffnung nicht entzogen werden kann. Im zweiten Falle dagegen, wenn der Schuldner des Gemeinschuldners die Gegenforderung erst *nach* der Konkurseröffnung erworben hat oder die Bedingungen der Kompensation erst nach diesem Zeitpunkte eingetreten sind, ist die Einrede der Kompensation ausgeschlossen, weil nach der Eröffnung des Konkurses jeder Gläubiger seine Befriedigung nur noch nach Maßgabe der Prioritätsordnung aus der Konkursmasse verlangen kann, zu dieser aber alle zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Forderungen des Gemeinschuldners gehören, woraus von selbst folgt, daß der Gläubiger des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung ein Recht zur Kompensation nicht mehr erwerben kann, da hiedurch eine durch die Konkurseröffnung ausgeschlossene vorzugsweise Befriedigung jenes Gläubigers aus einem Theile der Konkursmasse bewirkt würde. Der Schuldner muß daher in diesem zweiten Falle seine Schuld an die Gantmasse abtragen und seine Gegenforderung liquidiren, wenn er nicht mit dieser ausgeschlossen werden will.[13] Dagegen ist die Kompensation, auch wenn die Gegenforderung erst nach dem Ganterkenntniß entstund, alsdann zulässig, wenn sich dieselbe nicht gegen den Gemeinschuldner selbst, sondern gegen die Gläubigerschaft richtet, wie z. B. wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners während der Dauer des Konkurses Dienste für die Aktivmasse geleistet hat; denn hier erscheint nicht der Gemeinschuldner, sondern die Gläubigerschaft als der verpflichtete Theil und da die Massegläubiger unter allen

[13] Vergl. dieses Archiv Bd. X, S. 264 ff.

Digitized by Google

Umständen und ohne Rücksicht auf das Resultat des Gantes ihre Befriedigung anzusprechen haben, so muß ihnen auch das Recht zustehen, sich durch Ausgleichung mit ihrer Schuld gegen den Gemeinschuldner für ihre Forderung an die Gantmasse bezahlt zu machen.[14]

In Betreff der Zinse ist noch zu bemerken, daß die vertragsmäßigen durch den Gant nicht berührt werden.[15] Bezüglich der Verzugszinse dagegen wird vielfach behauptet, daß deren Lauf durch das Ganterkenntniß gehemmt werde, weil der Gant jede mora ausschließe.[16] Dabei wird jedoch von Manchen den Gläubigern das Recht eingeräumt, von dem Gemeinschuldner später, wenn er wieder zu Vermögen kommt, die Verzugszinse nachzufordern. Allein diese Ansicht ist unrichtig. Man muß den Beginn und die Fortdauer der Verzugszinse unterscheiden. Während des Gantverfahrens kann der Lauf der Verzugszinse nicht beginnen, weil der Schuldner während des Gantes nicht in Verzug kommen

---

[14] Die Hannover'sche Prozeßordnung vom 8. Novbr. 1850 enthält in §. 625 die Bestimmung: „Gegen die vom Kurator erhobenen Ansprüche ist eine Kompensation nur stattnehmig, wenn durch dieselbe eine der in §. 621 unter b bezeichneten Verpflichtungen (sog. Massesschulden) geltend gemacht wird, oder Forderung und Gegenforderung, schon ehe dem Gemeinschuldner das Verfügungsrecht entzogen war, zur Kompensation sich eigneten." Oppermann, die allg. bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover, S. 276; vgl. Seuffert, Archiv Bd. XV, S. 119.

[15] Vergl. Schweppe, System §. 50.

[16] Schmid, Lehrb. Thl. III, S. 227, Z. 19; Gensler, im Archiv für civ. Praxis Bd. II, S. 360, Ziff. 6; Schweppe, System §. 50; Bolley, Komment. zum württ. Pfandgesetz Bd. II, S. 667, Note 1; Bazing, das Gantwesen S. 16, 17. Auch der Gerichtshof in Eßlingen hat in einer Appellationssache am 11. April 1856 in diesem Sinne erkannt, indem er annahm, wie mit der Konkurseröffnung die Dispositionsbefugniß des Schuldners über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen aufhöre, so werde hiedurch auch der Lauf der vom Gemeinschuldner schuldigen Zinse unterbrochen, und es können solche weder aus der Konkursmasse, noch von der Gläubigerschaft gefordert werden.

Digitized by Google

kann; denn er ist rechtlich gehindert, seine Verpflichtungen zu erfüllen, und die rechtliche Unmöglichkeit der Leistung schließt die mora aus, da es hier an einer Verschuldung auf Seiten des Schuldners fehlt, welche nach der herrschenden und, wenn richtig verstandenen, auch richtigen Ansicht eine Voraussetzung der mora bildet.[17] Ist dagegen der Verzug schon vor dem Ganterkenntniß eingetreten und hat der Lauf der Verzugszinse schon vorher begonnen, so können die Wirkungen der mora durch den Gant nicht wieder aufgehoben werden; es ist nicht nöthig, daß die culpa während der ganzen Dauer des Verzuges fortwähre, daß der Schuldner, so lange er nicht leistet, sich ununterbrochen in der Lage befinde, seine Verbindlichkeit jeden Augenblick zu erfüllen. Nachdem vielmehr durch seine Schuld die Leistung rechtzeitig nicht erfolgt ist, so hat er alle weiteren Folgen dieser Unterlassung zu tragen, der Gläubiger wäre von dem Gante gar nicht berührt worden, wenn der Schuldner seiner Verbindlichkeit gehörig nachgekommen wäre, folglich kann es jenem offenbar auch nicht zum Nachtheil gereichen, daß er durch die Saumseligkeit des Gemeinschuldners in das Konkursverfahren hineingezogen worden ist. Sodann ist wohl zu beachten, daß der Konkursprozeß nichts Anderes ist, als ein eigenthümlich modifizirtes Exekutionsverfahren, welches seine Eigenthümlichkeiten dadurch erhält, daß das vorhandene Vermögen zur Befriedigung sämmtlicher Gläubiger nicht zureicht, daß die ordentliche Hilfsvollstreckung daher wegen der durch ihre Konkurrenz sich gegenseitig beschränkenden Gläubiger zu Gunsten aller Einzelnen nicht durch-

---

[17] l. 21, 22, 23, D. de usuris (21, 1); l. 3, §. 4, l. 21, §. 3, D. de A. E. V. (19, 1); l. 5, D. de reb. cred. (12, 1) — cum per venditorem steterit, quo minus traderet; — quum per te factum erit, quo minus id mihi dares. Vergl. Holzschuher, Theorie Bd. II, 2, S. 224, sowie die Entscheidungen des Obertribunals zu Stuttgart vom 7. März 1826 und 6. Juli 1860, Württ. Archiv Bd. IV, S. 183, und das ebendas. S. 184, 185 Bemerkte; deßgl. Seuffert, Archiv Bd. X, Nro. 323.

Digitized by Google

geführt werden kann. Das Konkursverfahren als solches (abgesehen von den im Lokationsurtheil manchmal vorkommenden Entscheidungen über die Materie einzelner bestrittener Forderungen, welche Entscheidungen übrigens nicht zum Wesen des Gantprozesses gehören und daher auch häufig erst in Separatprozessen gegeben werden,) bezieht sich daher zunächst nur auf die Befriedigung der Gantgläubiger, kann aber ihrem schon vorher begründeten Rechte keinen Eintrag thun. Hiernach werden die Wirkungen des schon vor dem Ganterkenntniß eingetretenen Verzuges des Gemeinschuldners, folglich auch die Verzugszinsen, durch den Gant nicht aufgehoben. [18]

§. 13.

b) In ihrem Verhältniß unter sich.

Wie einer Seits das Rechtsverhältniß, in welchem die Konkursgläubiger zum Gemeinschuldner stehen, sehr zweifelhaft ist, so ist dies anderer Seits noch mehr hinsichtlich desjenigen Verhältnisses der Fall, in welchem sich die Gläubiger zu einander befinden. Man findet hierüber die verschiedensten Ansichten. Bald werden sie als Socii, [1] als Streitgenossen, [2] bald als eine moralische Person betrachtet, der Manche sogar die jura minorum zusprechen, [3]

---

[18] Dieser Ansicht sind auch Puchta, Beiträge Bd. II, §. 188, S. 386; Dabelow, Konk. Thl. I, §. 40, S. 112; Brunnemann, de processu concursus p. 17, 18, bes. Note 1. Auch das Obertribunal zu Stuttgart hat sich am 2. Juni 1852 für diese Ansicht entschieden, in diesem Archiv Bd. IV, S. 185. Vergl. Seuffert, Archiv Bd. VI, Nr. 117; Dano, Monatschrift Bd. I, S. 138.

[1] Martin, Lehrb. §. 311; Gensler, Komm. zu Martin §. 310, 311; Danz, summar. Prozeß S. 157; (etwas beschränkter) Dabelow, (1792) Thl. I, §. 41 (1801, S. 679 ff.)

[2] Gönner, Handb. Bd. IV, Abh. 82, §. 26, S. 570; Mühlenbruch, Cession (3. Aufl.) S. 231.

[3] Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. III, §. 803, 849; Kori, System §. 34; Sarwey in der Monatschrift Bd. XX, S. 97 ff.; Günther, Konk. S. 25.

Digitized by Google

bald wird ihr Verhältniß als eine Gemeinschaft, ohne eine nähere Angabe der Natur derselben, bezeichnet, [4] bald wird blos darzustellen gesucht, was sie nicht seien, [5] bald wird ihr Verhältniß als communio incidens aufgefaßt. [6] Es läßt sich nicht mißkennen, daß die Annahme einer juristischen Person einigen Schein für sich hat. Allein in den Konsequenzen zeigt sich dieselbe als unhaltbar. Abgesehen davon, daß das äußere Merkmal des erforderlichen Aktes der Staatsgewalt fehlt, welches gewiß nicht, wie Sarwey annimmt, [7] in dem Ganterkenntniß eingeschlossen liegt, so sind die entscheidenden Merkmale einer juristischen Person der dauernde Zweck und das Aufgehen der Individualitäten in der fingirten Person. Das einzelne Mitglied einer solchen Gemeinheit kommt als Individuum gar nicht in Betracht, es kann wegfallen, es kann wechseln, ohne daß der Charakter der idealen Person sich ändert, kein Mitglied hat an dem Vermögen der Gemeinheit Antheil, sondern dieses gehört der fingirten Person, die ihren Willen durch Beschlüsse äußert, bei deren Zustandekommen kein Mitglied irgend einen Vorzug vor dem andern hat. [8] Welches Gericht wird diese Sätze bei seinen Verhandlungen mit der Gläubigerschaft im Konkurse anwenden; und würden die

[4] Reinhardt, die Lehre vom Gant §. 55; Bolley, Entw. Bd. II, §. 1744 (spricht blos von Gesammtheit); Thibaut, Pand. Thl. II, §. 1023.

[5] Rühl, im Archiv für civ. Praxis Bd. V, S. 227.

[6] Hefftter, System §. 540; Bayer, Theorie §. 29 ff.; Schweppe, System §. 55; Linde, Lehrb. §. 434; Mackeldey, Lehrb. §. 773.

[7] Sarwey, Monatschrift Bd. XX, S. 98.

[8] Vergl. z. B. Thibaut, Pand. (7. Ausg.) §. 219 ff. und die dort cit. Gesetze; Pfeifer, die Lehre von den juristischen Personen §. 13, 14, 21, 24, 52; Göschen, Vorlesungen Bd. I, S. 204; Sintenis, Civilrecht (2. Aufl.) §. 15, S. 110, 113; Reyscher, Privatrecht Bd. III, §. 745; Sarwey, Monatschrift Bd. II, S. 273; Schmidt, von gerichtl. Klagen §. 277—288; Fecht, Handelsgesetzbuch S. 179; Maurenbrecher, deutsches Privatrecht S. 365.

Digitized by Google

Gläubiger sich nicht selbst gegen eine solche Behandlung verwahren? Treten ja doch die Interessen der Einzelnen so scharf und prägnant hervor, daß sich an ein Verschwinden der Individuen in der unsichtbaren und ungreifbaren Idee einer moralischen Person gar nicht denken läßt. Selbst das Zustandekommen der Beschlüsse der Gläubigerschaft, welches noch am ehesten auf eine juristische Person hinzuweisen scheint, ist wesentlich verschieden von den Willensäußerungen einer Gemeinheit. Denn einmal kommt hiebei bekanntlich sehr viel auf die Größe, Stellung und Bevorzugung der einzelnen Forderungen an, sodann gilt nicht unbedingt das, was die Mehrheit beschließt, auch gegenüber von der Minderheit, sondern diese muß erst im gerichtlichen Verfahren gezwungen werden, sich dem Willen der Majorität zu unterwerfen. Für die Annahme einer Societät fehlt es schon an dem Merkmal des Vertrages, woneben auch die übrigen bei der Societät geltenden Grundsätze nicht zutreffen. Aber auch die Unterstellung einer communio incidens ist unhaltbar, weil diese voraussetzen würde, daß das Eigenthum an den die Vermögensmasse bildenden Gegenständen den Gläubigern nach ideellen Theilen zustehe — l. 6, §. 8, D. comm. divid. (10, 3); l. 3, §. 2, D. qui potiores in pignore (20, 4), l. 7, §. 4, D. quibus modis pignus (20, 6) — während der Gemeinschuldner selbst bis zur Verweisung der Eigenthümer jener Vermögensgegenstände bleibt und die Gläubiger nur einen Anspruch auf Befriedigung aus der Konkursmasse haben. Das Richtige ist, daß die Gantgläubiger in gar keiner inneren, auf civilrechtlicher Grundlage ruhenden Verbindung, sondern daß sie blos insoferne in einer zufälligen prozeßualischen Beziehung zu einander stehen, als sie in demselben Verfahren den gleichen Zweck, nämlich Befriedigung aus der vorhandenen Vermögensmasse nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften, verfolgen. [1]

[1] Von dieser Auffassung scheint auch Fuchs a. a. O. §. 8, S. 47 auszugehen.

Digitized by Google

Im Uebrigen mag es genügen, bezüglich der verschiedenen Ansichten auf Sarwey, Dabelow und Bayer [10] zu verweisen.

Aus dem zuletzt angeführten Gesichtspunkte folgt auch, daß bei einer gemeinschaftlichen Prozeßführung der Gläubigerschaft die letztere nicht als eine Person betrachtet werden kann, daß die Gläubiger ebensowenig, wie Manche wollen, unbedingt als Streitgenossen erscheinen, daß vielmehr im konkreten Falle stets zu untersuchen ist, ob die Bedingungen einer Streitgenossenschaft vorhanden seien, d. h. ob die Gläubiger aus demselben rechtlichen und faktischen Grunde einen Anspruch erheben oder belangt werden, und daß endlich sehr häufig kein anderes Verhältniß vorliegen wird, als eine subjektive Klagenhäufung. [11] Von wesentlichem Einflusse ist die Auffassung des Rechtsverhältnisses der Gläubiger unter einander auch auf die Beurtheilung der Appellabilität des Streitgegenstandes.

§. 14.

4) Wirkungen des Ganterkenntnisses in Beziehung auf dritte Personen.

Das Ganterkenntniß äußert endlich seine Wirkung auch gegenüber von dritten Personen, die zu dem Gemeinschuldner oder den Gläubigern in einer Beziehung stehen, wobei sich übrigens von selbst versteht, daß hier von denjenigen Gläubigern, die während der Dauer des Konkursverfahrens mit dem Vertreter der Gläubigerschaft kontrahirt haben, keine Rede ist, denn auf solche Verträge hat das Ganterkenntniß keinen Einfluß, es könnte sich höchstens darum handeln, ob der Vertreter gehörig legitimirt sei.

Was nun bei Verträgen, welche der Gemeinschuldner

---

[10] Sarwey, Monatschrift Bd. XX, S. 87 ff.; Dabelow, Konk. (1792) Thl. I, §. 41; Bayer, Theorie §. 29.

[11] Vergl. Martin, Lehrb. §. 311; Gensler, Komment. zu Martin ad §. 310, 311; derselbe im Archiv für civ. Praxis Bd. II, S. 354.

Digitized by Google

mit andern Personen vor dem Ausbruch des Gantes abgeschlossen hat, z. B. bei Kauf-, Tausch-, Pacht-Verträgen ꝛc. Rechtens sei, wurde schon oben §. 12 erwähnt.[1] Es ist hier nur noch anzuführen, daß der Gesellschaftsvertrag nach gesetzlichen Bestimmungen — §. 5, Jnst. de societ. (3, 26); l. 65, §. 1, D. pro socio (17, 2) — durch die Eröffnung des Konkurses gegen einen Gesellschafter aufgelöst wird.[2] In Beziehung auf das Mandatsverhältniß behaupten mit Rücksicht auf l. 38, pr. D. de solut (46, 3) Einige z. B. Schweppe,[3] daß dasselbe durch den Gant aufgehoben werde, möge der Schuldner Mandant oder Mandatar sein. Dieß ist jedoch nicht richtig, wie denn auch die angeführte Gesetzesstelle nicht hieher bezogen werden kann. Geräth der Mandant in Gant, so ändert dieß an sich gegenüber von dem Mandatar nichts, denn der Wille des Auftraggebers erscheint so lange als fortwirkend, bis die Gläubigerschaft, auf welche die Dispositionsbefugniß hinsichtlich des Vermögens des Gemeinschuldners im Wesentlichen übergegangen ist, etwas Anderes anordnet. Geräth aber der Mandatar in Gant, so läßt sich zwar sagen, daß die Fortsetzung des Verhältnisses für den Mandanten häufig ohne Werth, nicht selten sogar gegen dessen Interesse sein werde, weil bei dem Mandat stets die Persönlichkeit des Beauftragten in Betracht kommt; hieraus folgt aber nicht, daß das Obligationsverhältniß schon durch das Ganturtheil an und für sich aufgelöst werde, sondern nur daß darin für den einen oder anderen Theil Gründe liegen können, dasselbe aufzuheben. Somit kann man nur sagen, daß der Gant einen

---

[1] Vergl. auch über die Wirkungen des Ganterkenntnisses auf dritte Personen Günther, Konk. S. 52—61.

[2] Vergl. das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch Art. 123, 170, 200.

[3] Auch finden sich in dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche §. 1024, in dem preußischen Landrechte Thl. I, Tit. 13, §. 197—200 und in dem Züricher bürgerlichen Gesetzbuche §. 1182 ähnliche Bestimmungen.

Digitized by Google

Grund zur Kündigung des Mandats geben könne, nicht aber daß darin ein Grund der Aufhebung jenes Verhältnisses liege.

Anbelangend den Mieth- und Pachtvertrag, so erleidet das zwischen dem Vermiether und dem Miether einer Sache bestehende Obligationsverhältniß durch das Ganterkenntniß keine Aenderung. Ist es gegen den Miether gerichtet, — und dieser Fall ist hauptsächlich von praktischer Bedeutung — so sind seine Gläubiger, wie schon oben §. 12 bemerkt wurde, zwar nicht verpflichtet, aber berechtigt dasselbe fortdauern zu lassen. Wollen sie das Letztere, so kann der Vermiether die Fortsetzung dieses Verhältnisses nicht hindern, sobald er nur dadurch in seinen Rechten keine Beeinträchtigung zu besorgen hat. Anderer Seits aber haben die Gläubiger auch die aus der Obligation erwachsenden Folgen gegen sich gelten zu lassen. Will der bisherige Miether für seine Person ohne Zustimmung seiner Gantgläubiger die Miethe fortsetzen, so kann er in dem Obligationsverhältniß bleiben, und der Vermiether ist verbunden, dasselbe auch seiner Seits zu erfüllen, wenn er dadurch in seinen Rechten nicht beeinträchtigt wird, oder nicht etwa sonstige Gründe für ihn vorliegen, welche ihn zu Auflösung des Vertrages berechtigen. [4]

An den Servituten, welche dritten Personen an den Gütern des Gemeinschuldners zustehen, wird, mögen dieselben dinglicher oder persönlicher Natur sein, durch den Gant nichts geändert. [5]

Sehr streitig ist das Verhältniß des Bürgen und die hiebei zur Sprache kommende Fragen sind auch die haupt-

---

[4] Schweppe, System §. 62, S. 116 ff.; Bayer, Theorie §. 31, S. 31 ff.; Glück, Komment. Bd. XVIII, S. 40 ff.; Kapff, Civ.-Rechtsspr. S. 196; Hufnagel, Mitth. Bd. I, S. 38. Fuchs a. a. O. §. 10, S. 61, 62 scheint theilweise anderer Ansicht zu sein; vergl. auch die dort S. 62, Note 1 angeführten Schriftsteller.

[5] Kori, System §. 64; Bayer, Theorie §. 30; Mackeldey, Lehrb. §. 779; Schweppe, System §. 41, 59, 84.

Digitized by Google

sächlich praktischen. Schon darüber besteht Meinungsverschiedenheit: ob der Gläubiger im Allgemeinen schuldig sei, im Gante seines Hauptschuldners zu liquidiren oder wenigstens dem Bürgen die Liquidation rechtzeitig zu überlassen. *

Sodann gehen die Ansichten der Rechtslehrer darüber auseinander, ob der Bürge schon durch das Ganterkenntniß die exceptio excussionis verliere, oder ob der Gläubiger erst das Resultat des Gantes abwarten müsse, ehe er den Bürgen in Anspruch nehmen könne. Für das Erstere läßt sich zwar anführen, daß die Verbindlichkeit des Bürgen eintritt, sobald der Hauptschuldner nicht zu bezahlen vermag, was sicher auch während der Dauer des Gantes der Fall ist. Allein wenn auch der Gläubiger während des Laufes des Gantverfahrens aus den in der Natur des Konkursprozesses liegenden Gründen, wenigstens in der Regel keine Zahlung verlangen kann, so muß doch die Frage: ob und wie weit er Befriedigung erlangen werde, so lange als eine schwebende betrachtet werden, als nicht eine rechtskräftige Lokation und Verweisung vorliegt, und da aus der subsidiären Natur der Bürgschaft folgt, daß

---

* Vergl. Braun, Erörterungen zu Thibaut Seite 817; Gönner, Handb. Bd. IV, S. 587; Sell in Linde's Zeitschrift Bd. III, S. 255; Schweppe, röm. Privatrecht §. 511; Griesinger, Komm. zum württemb. Landrecht Bd. I, S. 222 ff.; Hochstetter, Annotationes ad jus. provinc. wirtemb. p. 125; Schoepff, Decis. 348, §. 9—12. Das württemb. Recht, nemlich der §. 166 des IV. Ediktes vom 31. Dezbr. 1818, schreibt übrigens vor, daß das Gericht auch die Bürgen, soweit solche bekannt seien, zur Schuldenliquidation vorzuladen habe, und dies ist sehr zweckmäßig, weil hiedurch manchen spätern Streitigkeiten mit den Bürgen vorgebeugt wird. Die Beantwortung obiger Frage fällt übrigens offenbar mit der nachher zu berührenden zusammen: ob der präkludirte Gläubiger seinen Regreß an den Bürgen verliere. Denn wenn der Gläubiger nicht verpflichtet ist, zu Gunsten des Bürgen im Gante des Hauptschuldners seine Rechte zu wahren, so kann ihm auch eine diesfällige Unterlassung nicht schaden.

Digitized by Google

der Bürge nur den Verlust des Gläubigers zu ersetzen habe, so ist es gewiß richtiger, ihm die Einrede der Vorausklage bis zum Ende des Konkurses zu gestatten. [7]

Der heftigste Streit aber besteht in Beziehung auf die allerdings sehr wichtige Frage: ob der Gläubiger, welcher im Gante des Hauptschuldners präkludirt wurde, in Folge dieses Ausschlusses seinen Regreß an den Bürgen verliere, oder ob er denselben gleichwohl, wenn er es auch versäumte, die Forderung zu liquidiren, auf Ersatz belangen könne? Diese Frage ist jedoch schon in einem früheren Aufsatze in dieser Zeitschrift [8] erörtert worden, und es kann daher auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

---

[7] Vergl. Brunnemann, de proc. conc. cred. C. III, §. X, p. 51; Archiv für civ. Praxis Bd. XV, S. 50; Holzschuher, Theorie Bd. II, 1, S. 459; Girtanner, Bürgschaft S. 438. Dieser Ansicht ist auch der Gerichtshof in Eßlingen schon bei mehreren Entscheidungen gefolgt, indem er annahm, daß zum Ausschluß des benef. excussionis die Thatsache des Gantes nicht genüge, sondern daß der Gläubiger in diesem Gante durchgefallen sein müsse, da aus der Einleitung des Gantverfahrens noch nicht folge, daß der Gläubiger (besonders ein bevorzugter) keine Befriedigung erlange, und die Worte des württ. Landrechts Thl. II, Tit. 5, §. 2: „Oder (der Hauptschuldner) ganz schwerlich zu beklagen und zur Bezahlung zu bringen sein würde," nicht den Fall des Gantes, sondern andere Hindernisse im Auge habe. Eben dieser Ansicht scheint der Gerichtshof in Ulm zu sein, indem er in einem Erkenntniß vom 22. Februar 1859 annahm, bei der Einrede der Vorausklage entscheide nicht der Zeitpunkt der Litiskontestation, sondern die Zeit des Urtheils nach dem Grundsatz, daß die im Laufe des Prozesses sich ergebenden thatsächlichen Aenderungen bis zum Schlusse des Verfahrens zu beachten seien, — vergl. Wächter, Erörterungen Heft 3, S. 123 — wonach also die Einrede dann ausgeschlossen wäre, wenn es sich ergeben würde, daß der Gläubiger am Ende des Prozesses dennoch seine Befriedigung vom Hauptschuldner erhielte.

[8] Bd. IX, S. 209 ff.

Digitized by Google

II.

Fragmente.

9) Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Kübel.)

A. Civilrecht.

1) Die gerichtliche Bestätigung der vertragsmäßigen Bestellung einer Realdienstbarkeit kann im Rechtswege nicht angefochten werden.

Das württembergische Landrecht Thl. II, Tit. 9, §. 10 und 11 fordert, wenn bei dem Verkaufe einer Liegenschaft eine Realdienstbarkeit oder Reallast vorbehalten wird, zu deren Entstehung eine gerichtliche Bestätigung (gerichtliches Erkenntniß).[1] Erfolgt die letztere, so tritt das Geding in Kraft und soll nach der Vorschrift des Landrechts gehalten werden. Hieraus folgt, daß wenn später über die Bestellung der Realdienstbarkeit oder Reallast Streit entsteht, dem Prozeßrichter nicht zustehen kann, zu entscheiden, ob das Gericht, das über das Anbedingen, den Vorbehalt der Reallast oder Realdienstbarkeit erkannt hat, mit Recht den Vertrag bestätigt habe oder nicht, und im letzteren Falle, daß diese Reallast oder Dienstbarkeit mit dem bestätigten Inhalt nicht zu Recht bestehe.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Juli 1867 in der Appellationssache N. und Gen. c. Sch.

---

[1] Dieses Archiv Bd. I, S. 369 ff.; Bd. VI, S. 155 f.; Bd. IX, S. 84; Bd. X, S. 109 f.; Tafel, Civilrechtssprüche Bd. V, S. 201 ff.

Digitized by Google

2) Bezeichnung der Person des Käufers von Gebäuden oder Grundstücken in der Vertragsurkunde. [2]

Nach Art. 1 und 2 des Liegenschafts-Gesetzes vom 23. Juni 1853 [3] müssen alle Kauf- und Tauschverträge, welche Gebäude oder Grundstücke zum Gegenstand haben, schriftlich abgefaßt sein und es muß die Vertragsurkunde insbesondere auch die Namen der Kontrahenten enthalten. In einer Vertragsurkunde waren nun die Kontrahenten folgendermaßen bezeichnet: „Der Käufer Gottlieb Burkhardt, Bäcker zu N. sei mit der Ochsenwirth Karl Schweikle'schen Ehefrau, Karoline geb. Rothfuß und deren Schwiegereltern, den alt Ochsenwirth Schweikle'schen Eheleuten übereingekommen u. s. w. und am Schlusse der Urkunde haben diese Eheleute ihre Namen, Vor- und Geschlechtsnamen unterzeichnet. Diese Bezeichnung der Kontrahenten wurde für genügend erachtet und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe: Das Gesetz vom 23. Juni 1853 sagt nirgends, daß die vollständige Anführung der Namen der

---

[2] Vergl. dieses Archiv Bd. VI, S. 180 f., Nro. 26.

[3] Ueber die Auslegung des Liegenschaftsgesetzes überhaupt vergl. bezüglich des Umfangs seiner Geltung: Dieses Archiv Bd. VI, S. 179 f.; bezüglich der Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch die Kontrahenten: Tafel, Civilrechtssprüche Bd. IV, S. 321 ff.; bezüglich der Bezeichnung der Person der Kontrahenten: dieses Archiv Bd. VI, S. 180 f.; bezüglich der Bezeichnung der Vertragsgegenstände: Tafel, a. a. O. Bd. III, S. 255 ff. vergl. mit meiner Bemerkung in diesem Archiv Bd. VI, S. 182, Note 73; ferner Tafel, a. a. O. Bd. V, S. 230 f.; dieses Archiv Bd. III, S. 140 ff.; Bd. VI, S. 181 ff. und die folgende Nummer oben im Texte; bezüglich der Benennung des Kaufpreises in der Verkaufsurkunde: Neuffer, Zeitschrift für Rechtspflege Bd. I, S. 46 ff., vergl. mit meinen Gegenbemerkungen in diesem Archiv Bd. III, S. 187, 188, 192; bezüglich der Beurkundung der Vertragsurkunde: Tafel, a. a. O. Bd. V, S. 339 ff.; bezüglich der Folgen des Widerspruchs zwischen der Vertragsurkunde und den vorangegangenen mündlichen Vertragsberedungen: in diesem Bande des württ. Archivs S. 449 ff.

Digitized by Google

Kontrahenten an der Stelle der Unterschriften in Verbindung mit einer vorangehenden Bezeichnung und Bezugnahme wie die vorliegende „alt Ochsenwirth Schweikle'sche Eheleute" nicht genüge. Die Unterschriften gehören gleichfalls zur Urkunde und der Art. 2 bestimmt nicht, an welcher Stelle die Namen deutlich genannt sein müssen. Ueberdieß ist die Bezeichnung „alt Ochsenwirth Schweikle'sche Eheleute" bestimmt genug, und mehr als völlige Bestimmtheit kann nicht in der Absicht und in der Anforderung des Gesetzes liegen. Die Angabe des Wohnorts der Kontrahenten verlangt das Gesetz nicht, es ist aber aus dem Inhalte der Urkunde zu entnehmen, daß, wie die Karoline Schweikle, so auch deren Schwiegereltern ihren Wohnsitz in N. haben, so daß überhaupt kein Zweifel entstehen kann, welche alt Ochsenwirth Schweikle'sche Eheleute gemeint sind.

Entscheidung des Obertribunals vom 21. Juni 1867 in der Appellationssache B. c. Sch.

3) Bezeichnung des Gegenstands eines Kaufvertrages über liegende Güter in der Vertragsurkunde.[4]

Nach Art. 1 des Liegenschaftsgesetzes vom 23. Juni 1853 bedürfen Kaufverträge über Gebäude und Grundstücke zu ihrer formellen Giltigkeit der schriftlichen Abfassung und zwar muß die Vertragsurkunde nach Art. 2 des gedachten Gesetzes insbesondere auch „die bestimmte Bezeichnung der Vertragsgegenstände" enthalten, d. h. es muß durch die Bezeichnung in der Urkunde die Indentität des Vertragsgegenstandes außer Zweifel gestellt werden. Hievon ist das Obertribunal in Uebereinstimmung mit früheren Aussprüchen auch in einer neueren Entscheidung ausgegangen und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe: Die Bezeichnung der Vertragsgegenstände ist bestimmt genug, so daß jedes Bedenken in Ansehung der Identität ausgeschlossen erscheint. Es ist gesagt, aus der Debitmasse

[4] Vergl. dieses Archiv Bd. III, S. 140 ff.; Bd. VI, S. 181 f.; Tafel, Civilrechtssprache Bd. III, S. 255 ff.; Bd. V, S. 230 f.

Digitized by Google

der Karoline Sch. habe der Bäcker Gottlieb B. 1) das Wirthschaftsgebäude, 2) die Scheuer hinten, 3) einen Pferdestall und doppelten Schweinstall gekauft. Hiemit sind diese Gegenstände einzeln und als die Wirthschaft, die Scheuer u. s. w. der Karoline Sch. und damit bestimmt genug bezeichnet. Rücksichtlich der Scheuer ist zudem näher angegeben, daß sie sich hinter dem Wirthschaftsgebäude befinde. Zur bestimmten Bezeichnung gehört nicht gerade nothwendig in allen Fällen die Angabe der Nachbarn, des Namens der Straße, der Nummern der Gebäude; die Bezeichnung kann auch ohne diese Angabe bestimmt genug sein, es kommt auf die Umstände, die einzelnen Gegenstände an, und in manchen Fällen sind solche Angaben nicht einmal nützlich. Zudem ist in der Vertragsurkunde vom 6. Sept. 1855 auf den Kauf des Gottlieb B. im Gante der Karoline Sch. ausdrücklich Bezug genommen und gesagt, daß die Vertragsgegenstände dieselben seien. Unter solchen Umständen könnte bei diesem Zusammenhang das Verkaufsprotokoll vom 3. Sept. 1855 über den Kauf des Gottlieb B. im Gante der Karoline Sch. wohl zur genaueren Erläuterung dienen. In demselben sind aber die Vertragsgegenstände auch noch nach den Gassen, in welchen sie liegen, bezeichnet.

Entscheidung des Obertribunals vom 21. Juni 1867 in der Appellationssache B. c. Sch.

4) Der Anspruch auf Dienste kann nicht cedirt werden.

Das aus dem Dienstvertrage dem Dienstherrn entspringende Recht, über die Arbeitskraft seines Bedienstеten verfügen zu können, gehört nicht zu denjenigen Vermögensobjekten, welche durch Abtretung an Dritte übertragen werden können. [5]

Entscheidung des Obertribunals vom 24. Juni 1867 in der Appellationssache der D.'schen Aktiengesellschaft c. Sch.

---

[5] Glück, Komm. Bd. XVII, S. 316; Sintenis, Civilrecht Bd. II, S. 807; Mühlenbruch, Cession S. 322.

Digitized by Google

Der Satz, daß der Anspruch auf gedungene Dienste von dem Dienstherrn nicht an Andere abgetreten werden könne, war auch in dem Dresdener Entwurfe eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 674 erster Lesung ausgesprochen, [6] ist jedoch bei der zweiten Lesung aus dem Entwurfe weggelassen worden. Schon bei der ersten Lesung war geltend gemacht worden, daß bei der Frage der Zulässigkeit einer Cession des Anspruchs auf Dienstleistungen Alles auf die Natur der Dienstleistungen ankomme und nach ihr zu unterscheiden sei. Seien die Dienstleistungen der Art, daß es für den Verdinger dabei auf die Persönlichkeit oder die persönlichen Verhältnisse des Dienstherrn ankomme, wohin z. B. das Dienstbotenverhältniß oder der Fall gehöre, wo Jemand seine Thätigkeit als Lehrer verdungen habe, so könne eine Cession des Anspruchs des Dienstherrn auf die Dienste nicht wohl für zulässig erachtet werden, weil man dann die Person in Betreff der Fraglichkeit, über dieselbe zu disponiren, wie eine Sache behandeln würde. Allein es gebe auch Fälle, in welchen es offenbar an der Intention des Dienstverdingers, nur der Person des Dingenden, die verdungenen Dienste zu leisten, gänzlich fehle, wo vielmehr die Dienste mit Rücksicht auf gewisse objektive Verhältnisse versprochen würden und es auf Seite des Verdingers bei dem Vertragsschlusse nicht im Entferntesten maßgebend erscheine, ob die Person des Dingenden selbst oder eine andere die gedungene Dienste in Anspruch nehmen werde. Man denke z. B. an die Dienstleistungen eines Taglöhners, eines Straßenarbeiters, eines gedungenen Boten, eines Miethkutschers oder Schiffers, wenn ohne Rücksicht auf Person des Dingenden zunächst nur das Fuhrwerk oder der Platz darinnen gedungen sei. In solchen Fällen werde, sofern nur durch die Cession des Anspruchs auf die verdungenen Dienste an einen Dritten das Objekt der versprochenen

[6] Dieses Archiv Bd. VIII, S. 283.

Digitized by Google

Leistung nicht zum Nachtheile des Dienstverdingers verändert werde, nicht bezweifelt werden können, daß der Letztere gehalten sei, auch jenem Dritten, an welchen der Dingende den Anspruch auf die Dienstleistung abgetreten habe, die verdungenen Dienste zu leisten. Es würde hier der Intention des Vertrages widersprechen, wollte man den Verdinger mit dem Einwande hören, er habe sein Versprechen der Dienstleistung an die Person des Dingenden geknüpft. — Diesem entgegen wurde jedoch von anderer Seite die Frage der Cessibilität des Anspruchs auf bedungene Dienste — und gewiß mit gutem Grunde — unbedingt verneint. Abgesehen von der Schwierigkeit, zu bestimmen, welche Dienste man als cessibel anzusehen habe und welche anderen nicht, und das unterscheidende Merkmal in einer für alle Fälle zutreffenden Weise zu präcisiren, lasse sich eine Befugniß des Dienstherrn, die Dienste beliebig zu cediren, in keiner Weise begründen. Es sei zu beachten, daß Dienste, sobald sie cedirt würden, zwar sachlich gleicher Art, wie die dem Dienstherrn versprochenen bleiben, niemals aber mit diesen letztern selbst identisch sein könnten und mithin durch die Cession der Inhalt der Obligation sich stets verändern würde. Wohl werde in allen denjenigen Fällen, in welchen die Persönlichkeit der Kontrahenten bei Schließung des Dienstvertrages nicht maßgebend gewesen, der Dienstverdinger sich leicht dazu verstehen, die versprochenen Dienste einem Andern, als dem Dingenden zu leisten, aber gezwungen könne er nicht dazu werden. Es würde dieß auch gegen die Idee der Menschenwürde und der persönlichen Freiheit und somit gegen die obersten Prinzipien des Rechtes verstoßen. — Diese Ansicht erlangte bei der ersten Lesung die Majorität.[7] Bei der zweiten Lesung wurde jedoch wiederholt geltend gemacht, daß der Satz, es könne der Anspruch auf gedungene Dienste

[7] Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allg. deutschen Obligationenrechtes S. 2276—2280.

Digitized by Google

von dem Dienstherrn nicht an Andere abgetreten werden, in seiner Allgemeinheit nicht haltbar sei. Es wurde hiebei davon ausgegangen, daß die Geltendmachung eines Anspruchs auf gedungene Dienste in gewissem Sinn immer an die Person oder an besondere nicht übertragbare Eigenschaften des Dienstherrn geknüpft sei. Abgesehen nun davon, daß, insofern dieß der Fall sein sollte, eine Cession schon nach den allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen sei,[8] so treffe jene Voraussetzung nicht für alle Fälle zu. Es lassen sich Dienstleistungen denken, bei welchen schon nach der Art und Weise, wie sie im Verkehre angeboten und angenommen werden, wie z. B. im Falle der Annahme eines Dienstmannes auf bestimmte Stunden zu einer im Voraus nicht einmal bezeichneten Arbeit, oder im Falle der Bestellung eines Lohnfuhrwerkes die Person des Dingenden ganz außer Betracht bleibe und es dürfe dieß sogar fast für alle Dienstleistungen gelten, für welche eine obrigkeitliche Taxe bestehe, oder welche dem Publikum um einen im Voraus angegebenen Preis öffentlich angeboten werden. Noch seltener aber als bei der Dienstverdingung dürfte jene Voraussetzung in den Fällen der Werkverdingung als vorhanden angenommen werden können. Komme hienach der für die fragliche Bestimmung maßgebend gewesene Gesichtspunkt überhaupt nicht bei allen Fällen in Betracht, so könne es auch prinzipiell nicht für gerechtfertigt angesehen werden, die Cessibilität der Forderungen, soweit ihre Geltendmachung nicht an die Person oder an besondere nicht übertragbare Eigenschaften des Gläubigers geknüpft sei, im Allgemeinen anzuerkennen, in Ansehung des Anspruchs auf gedungene Dienste aber die Unzulässigkeit der Cession für

[8] Vergl. Art. 323 des Dresdener Entwurfes: „Forderungen, deren Geltendmachung an eine besondere nicht übertragbare Eigenschaft des Gläubigers geknüpft ist oder deren Inhalt durch die Geltendmachung Seitens eines Anderen, als des ursprünglichen Gläubigers eine Aenderung erleiden würde, können nicht veräußert (cedirt) werden."

Digitized by Google

alle Fälle auszusprechen, während es dem Bemerkten zufolge eine rein faktische Frage sei, ob die Voraussetzungen für den Ausschluß der Cessibilität im einzelnen Falle zutreffen. Diese Ansicht erlangte bei der zweiten Lesung die Mehrheit und es wurde demzufolge die Bestimmung des Art. 674 erster Lesung gestrichen. [9]

5) Verlagsvertrag; Verbindlichkeit des Verlegers zur Vervielfältigung und zum Vertriebe des ihm in Verlag gegebenen Werkes; Befreiung des Verlegers von dieser Verbindlichkeit durch die Verzögerung der Uebergabe des Werkes von Seiten des Autors.

Hofrath J. von B. hatte am 14. Dezember 1805 und 10. Februar 1806 mit der J. G. C.'schen Buchhandlung in St. einen Verlagsvertrag abgeschlossen, wodurch er der letzteren die von ihm zu fertigende Fortsetzung des von Posselt angefangenen, in den europäischen Annalen abgedruckten, so betitelten „Chronologischen Registers der fränkischen Revolution von Eröffnung der ersten Versammlung der Notabeln bis zur Einführung der Konsularregierung" in vier Bänden zum Verlag überließ, und die Verlagsbuchhandlung ihm dagegen als Honorar für jeden Druckbogen 10 Rthlr., ferner 18 Freiexemplare und weitere bestimmte Honorirung für den Fall späterer Auflagen des Werkes zusicherte. Der erste Band erschien im Jahre 1808, der zweite im Jahre 1809, der dritte im Jahre 1820, nachdem der Autor das Manuskript schon im Jahr 1814 abgeliefert hatte. Das Manuskript des vierten Bandes übersandte der Autor im Jahre 1828 an die Verlagshandlung; allein diese weigerte sich, den vierten Band zu drucken, weil der dritte Band wenig Absatz gefunden habe und das Werk, nachdem inzwischen andere Werke über die französische Revolution erschienen seien, unverkäuflich geworden sei. Diese Weige-

[9] Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allg. deutschen Obligationenrechtes S. 4404—4406.

Digitized by Google

rung wurde auf erhobene Klage des Hofraths J. von den Gerichten nicht für gegründet erachtet, und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe zu dem, die Verlagsbuchhandlung zum Drucke und zur Honorirung des Werkes verurtheilenden, oberstrichterlichen Erkenntniß: Nach bekannten rechtlichen Grundsätzen bewirkt zwar bei zweiseitigen Verträgen der unrechtmäßige Verzug des einen Theiles für den andern Kontrahenten dann das Recht, von dem Vertrage abzugehen, wenn dem letzteren der Vertrag durch den Verzug des ersteren nutzlos geworden ist. In dem vorliegenden Falle fällt jedoch dem Autor ein unrechtmäßiger Verzug in Absicht auf die Lieferung des Manuskriptes für den vierten Band nicht zur Last. (Die nähere Darlegung dessen gehört nicht hieher.) Es ist daher unerheblich, ob die von dem Autor geforderte Erfüllung des Verlagsvertrages für die Verlagsbuchhandlung in der gegenwärtigen Zeit nutzlos sein würde. Denn nach bekannten rechtlichen Grundsätzen kann bei zweiseitigen Verträgen die Erfüllung des Vertrages von dem einen Theile, so lange dieselbe für diesen ein rechtliches Interesse hat und nicht unmöglich geworden ist, auch dann gefordert werden, wenn die Vertragsvollziehung für den anderen Theil in der Folge nutzlos oder gar nachtheilig geworden sein sollte. Die Vertragserfüllung ist aber für die Verlagsbuchhandlung nicht unmöglich geworden, und daß der Autor ein Interesse dabei hat, die Erfüllung des Vertrages zu fordern, hierüber kann darum kein gegründeter Zweifel bestehen, weil es sich für ihn theils davon handelt, die Honorirung seiner Arbeit und die ihm vertragsmäßig zugesicherte Anzahl von Freiexemplaren zu erhalten, theils davon, seine, des Schriftstellers, geistige Arbeit durch den Druck veröffentlicht zu sehen. In letzterer Beziehung kann aber die Einwendung der beklagten Verlagsbuchhandlung, daß das Werk keinen Absatz mehr finden werde, hier keine Beachtung finden, da nach der Natur der Sache unmöglich die Behauptung aufgestellt werden kann, daß der in Frage stehende vierte Band keinen Käufer finden werde,

Digitized by Google

wie denn angenommen werden darf, daß schon die Besitzer der früheren Bände geneigt sein werden, sich auch den letzteren Band zu verschaffen. Ebenso darf angenommen werden, daß das Werk des Klägers, zumal nachdem es durch den befragten vierten Band seine Vollendung erhalten haben wird, für die Geschichte der Zeit jetzt noch und später überhaupt nicht ohne Werth sein werde.

Entsch. des Obertribunals vom 19. Juli 1842 in der Appellationssache der J. G. C.'schen Buchhandlung c. Hofrath C. J.

Die Verbindlichkeit des Verlegers, das ihm in Verlag gegebene Werk, sobald ihm das Manuskript in vertragsmäßiger Beschaffenheit geliefert worden ist, in der dem Vertrage entsprechenden Weise, insbesondere durch Druck zu vervielfältigen und in Vertrieb zu setzen, gehört zum wesentlichen Inhalte des Verlagsvertrages und es kann sich der Verleger dieser Verbindlichkeit auch durch Zahlung des Honorars, sofern ein solches, ausdrücklich oder stillschweigend, vereinbart ist, nicht entziehen.[10] Dagegen kann der Verleger nach allgemeinen Grundsätzen im Falle des Verzuges des Autors in Lieferung des Werkes Entschädigung verlangen oder kann er auch die verspätete Leistung zurückweisen und seine Gegenleistung verweigern, wenn ihm in Folge des Verzuges die Leistung des Autors nutzlos geworden, z. B. die in Berechnung genommene öffentliche Theilnahme des Publikums, das Interesse an dem Gegenstande des Werkes indessen verschwunden ist. Es ist jedoch dieß nicht sowohl ein, als eine besondere Folge des Verzuges sich darstellendes, Recht zum Rücktritt von dem Vertrage, wie der Wortlaut der vorstehenden Entscheidungsgründe glauben machen könnte, als vielmehr nur eine Konsequenz

[10] Wächter, Verlagsrecht §. 30, S. 337 ff.; Bluntschli, deutsches Privatrecht S. 477; sächsisches bürgerl. Gesetzbuch §. 1141; Züricher privatrechtl. Gesetzbuch §. 1599, 1605, 1606; bayerischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs Thl. II, Art. 843—848; Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 656, 660.

Digitized by Google

des für den Gläubiger durch den Verzug des Schuldners begründeten Rechtes auf Ersatz seines Schadens, indem in dem unterstellten Falle der durch den Verzug herbeigeführten Nutzlosigkeit der Leistung, welche jedoch der Verleger zu beweisen hat, die Entschädigung des Letzteren eben darin besteht, daß er die ihm nutzlos gewordene Leistung nicht mehr anzunehmen genöthigt und demzufolge auch seine Gegenleistung zurückzuhalten berechtigt ist.[11] Von einem anderen Gesichtspunkte gehen allerdings manche Gesetzgebungen aus. So gestattet das preußische Landrecht Thl. I, Tit. 11, §. 1001 dem Verleger, wenn der Autor das Manuskript nicht zur gehörigen Zeit liefert, von dem Vertrage wieder abzugehen, ohne zu unterscheiden, ob die Lieferung aus Verschuldung des Autors oder ohne seine Verschuldung verzögert wurde, und ohne den Beweis, daß die Leistung für den Verleger nutzlos geworden, von diesem zu verlangen. Ebenso gestattet der §. 1166 des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches dem Verleger den Rücktritt von dem Vertrage, wenn das Werk von dem Autor zur bestimmten Zeit oder auf die festgesetzte Art nicht geliefert worden, neben dem Rechte des Verlegers auf Entschädigung, wenn die Lieferung des Werkes aus Verschuldung des Autors unterblieben ist. In ähnlicher Weise gibt das Züricher privatrechtliche Gesetzbuch §. 1600 und 1601 für den Fall, daß der Autor das versprochene Werk nicht liefert oder sich im Verzuge befindet, dem Verleger das Recht, Schadenersatz zu fordern und überdem von dem Vertrage zurückzutreten. An diese partikularrechtlichen Bestimmungen hatte sich auch der Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse in dem Art. 715 erster Lesung[12]

[11] Vergl. dieses Archiv Bd. IX, S. 407, 408; Bd. III, S. 401, Nro. 17; Bd. VI, S. 169; Gerber, deutsches Privatrecht 8. Aufl. S. 54; Wächter, Verlagsrecht S. 336 f., 386 f., Note 39, 40, 41; Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines gemeinsamen deutschen Obligationenrechtes S. 930—946, 1074, 2386, 4187—4189, 4427.

[12] Dieses Archiv Bd. VIII, S. 294.

Digitized by Google

angeschlossen, indem hier bestimmt war, daß, wenn der Autor aus Verschuldung seine Verbindlichkeit nicht oder nicht rechtzeitig erfülle, der Verleger nach seiner Wahl Erfüllung des Vertrages und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung [13] oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangen, oder auch von dem Vertrage abgehen könne, gleich als ob derselbe nicht geschlossen worden wäre. Bei der Berathung dieser Bestimmung in der Dresdener Kommission wurde anerkannt, daß das hier für den Fall des Verzuges des Autors in Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Verleger eingeräumte Recht des Rücktritts von dem Vertrage eine Abweichung von dem allgemeinen Grundsatze sei, wonach der Gläubiger im Falle der Nichterfüllung des Schuldners nur auf Erfüllung und Schadenersatz klagen, nicht aber einseitig von dem Vertrage abgehen könne. Es wurde jedoch angenommen, daß die besonderen Verhältnisse bei Verlagsgeschäften es rechtfertigen, das Rücktrittsrecht des Verlegers als eine besondere Folge des Verzuges des Autors an diesen zu knüpfen. Denn der Regel nach werde die rechtzeitige Lieferung des Werkes für den Verleger die Bedingung eines guten Geschäftes bilden und die verspätete Lieferung den gehofften Vortheil nicht mehr gewähren, ohne daß der Verleger im Stande wäre, die Nutzlosigkeit der nachträglichen Lieferung für ihn genügend nachweisen zu können. Hier scheine es daher billig, daß ihm die Gesetzgebung zu Hilfe komme, und es könne dieß um so eher geschehen, als eine Vernachtheiligung des Autors nicht zu

[13] Hiemit hat der Dresdener Entwurf die bestrittene Frage, ob eine Klage auf Erfüllung des Verlagsvertrages gegen den Autor statthaft sei, bejaht. Vergl. Protokolle der Dresdener Kommission S. 2383, 2386; Wächter, Verlagsrecht S. 334 ff., 386 ff.; Gerber, deutsches Privatrecht §. 200, S. 521, Note 6; Stubenrauch, Komm. zu dem österr. a. b. Gesetzbuch Bd. III, S. 362, 363. Eine andere Frage ist es, ob und in wie weit die Erfüllung im Exekutionswege erzwingbar ist. Vergl. hierüber Wächter a. a. O. S. 334 ff.; Mandry, das Urheberrecht S. 330, 331 lit. d; Derselbe in Pözl's kritischer Vierteljahrsschrift Bd. VII, S. 591.

Digitized by Google

fürchten sei. Denn wenn der Verleger das Werk auch bei verspäteter Ablieferung noch mit Nutzen verwerthen könne, werde er auch von seinem Rücktrittsrechte keinen Gebrauch machen, und wenn er es dennoch thue, werde der Autor in diesem Falle leicht einen anderen Verleger finden können, so daß ihm durch den Rücktritt des Verlegers kein Nachtheil zugehe. Das Gesetz habe daher auch für diese letzteren Fälle keine Vorsorge zu treffen nöthig, da diese im wirklichen Leben keinen Anlaß zu Streitigkeiten geben werden, wohl aber empfehle es sich im Hinblick auf die Fälle der ersteren Art, dem Verleger durch das Gesetz eine etwas freiere Bewegung zu gestatten, um ihn eintretenden Falles einer Beweisführung zu überheben, welche meistens mit großen Schwierigkeiten verknüpft sein werde.[14] — Schon bei der ersten Lesung waren jedoch, hauptsächlich im Hinblick auf das ein Rücktrittsrecht des Verlegers nicht kennende sächsische bürgerliche Gesetzbuch, Bedenken gegen diese Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen erhoben worden[15] und bei der zweiten Lesung des Dresdener Entwurfes wurden diese Bedenken von der Mehrheit getheilt, indem angenommen wurde, daß die für die Statuirung eines Rücktrittsrechtes des Verlegers geltend gemachten Gründe die Abweichung von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht genügend rechtfertigen. Durch die Entschädigungspflicht des Autors und durch die daraus folgende Befugniß des Verlegers, im Falle der in Folge der Verspätung der Lieferung des Werkes eingetretenen Werthlosigkeit der Leistung deren Annahme zu verweigern und die Gegenleistung zurückzuhalten, beziehentlich zurückzufordern, werde das Interesse des Letzteren vollständig gewahrt, indem zwar, wenn die verspätete Leistung nicht nutzlos geworden, der Verleger sich deren nachträglichen Annahme nicht entziehen könne, die

[14] Protokolle der Dresdener Kommission S. 2385, 2387, 2388, 2389.

[15] Ebendaselbst S. 2388.

Digitized by Google

Höhe der Entschädigung sich aber immer danach richten werde, um wie viel die Leistung durch die erfolgte Verzögerung am Werthe verloren habe, wie das in gleicher Weise auch bei jedem anderen Vertrage der Fall sei. Eine Verweigerung der Annahme der verspäteten Leistung und eine Zurückhaltung der Gegenleistung lasse sich nur rechtfertigen, wenn durch den Verzug die Realisirung des Vertragszweckes unmöglich geworden sei; wo dieß nicht der Fall und das Werk ungeachtet der verzögerten Lieferung von dem Verleger noch mit Nutzen vertrieben werden könne, fehle es für ein Rücktrittsrecht des Verlegers an einem zureichenden Rechtfertigungsgrunde.[16] — Vom Standpunkte des bestehenden gemeinen Rechtes läßt sich hiegegen nichts erinnern, ob aber vom Standpunkte des Gesetzgebers die für die entgegengesetzte Ansicht geltend gemachten Gründe nicht den Vorzug verdienen, ist eine andere Frage.

6) Verlagsvertrag; ist der Verleger auch zum Abdruck und zur Honorirung eines Sach- und Namenregisters eines ihm zum Verlage überlassenen Werkes verpflichtet?

In der Vorrede zum dritten Bande des in der vorigen Nummer erwähnten literarischen Werkes war von dem Verfasser Namens der Verlagsbuchhandlung die Zusicherung gegeben worden, daß der vierte Band mit einem vollständigen Sach- und Namensverzeichnisse werde versehen werden. Der Verfasser des Werkes hatte sodann auch ein solches Verzeichniß gefertigt und mit dem Manuskript des vierten Bandes der Verlagsbuchhandlung zum Drucke übergeben, indem er dabei für das Verzeichniß dasselbe Honorar, wie solches für das Werk selbst vereinbart worden, beanspruchte. Eine besondere Vereinbarung hatte in dieser Beziehung zwischen dem Autor und dem Verleger nicht stattgefunden. Der Verleger verweigerte Druck und Honorirung des Re-

[16] Ebendaselbst S. 4426—4428.

Digitized by Google

gisters, weßhalb der Autor Klage hierauf erhob. In zweiter Instanz wurde dieselbe für gegründet erkannt, indem die Verbindlichkeit des Verlegers zum Drucke und zur Honorirung des Registers insbesondere aus dem Inhalt der Vorrede des dritten Bandes, in Verbindung damit, daß das befragte Register mit dem Hauptwerke in einem besonderen Zusammenhang stehe und zu dessen Ergänzung und Brauchbarkeit wesentlich beitragen müsse, abgeleitet wurde. In oberster Instanz wurde die Klage jedoch abgewiesen und es besagen dießfalls die Entscheidungsgründe: Wenn auch zugegeben werden mag, daß das von dem Kläger ausgearbeitete Sach- und Namensverzeichniß eine nützliche Zugabe zu seinem Werke sein würde, so sind doch solche Indices nicht als wesentliche und sich von selbst verstehende Bestandtheile eines Werkes anzusehen, so daß ohne eine bestimmte vertragsmäßige Uebereinkunft hierüber dem Schriftsteller nicht ohne Weiteres freisteht, ein solches Register auszuarbeiten und dessen Honorirung von dem Verleger zu fordern, und dieß um so weniger, da die Verleger nicht selten solche Register nicht durch den Verfasser des Hauptwerkes, sondern durch dritte Personen fertigen lassen,[17] und in der Regel dann, wenn das Register einen irgend erheblicheren Umfang hat, das Honorar für dasselbe geringer bestimmt zu werden pflegt, als für das Hauptwerk. Eine vertragsmäßige Uebereinkunft zwischen dem Kläger und der Verlagsbuchhandlung über die Ausarbeitung und Honorirung des Registers liegt nun aber nicht vor, und auch aus dem Inhalte des Vor-

[17] Es versteht sich jedoch von selbst, daß der Verleger, welcher durch den Vertragsvertrag verpflichtet wird, das ihm in Verlag gegebene Werk, unverändert, wie er es von dem Autor erhalten, also auch ohne alle Beigaben, drucken zu lassen — Bluntschli, deutsches Privatrecht, 3. Aufl., §. 156, Ziff. 3, S. 477; Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 660 — nur im Falle der Zustimmung des Autors ein Register durch eine dritte Person fertigen lassen und dem Werke beigeben darf.

Digitized by Google

wortes des Klägers zu dem dritten Bande kann eine Verpflichtung der Verlagsbuchhandlung hiezu nicht abgeleitet werden. Denn wenn hierin der Kläger als Verfasser des Werkes Namens der Verlagshandlung dem Publikum die Zusicherung gegeben hat, daß der vierte Band mit einem vollständigen Sach- und Namensverzeichnisse werde versehen werden, so ist hierin weder ein obligatorisches Rechtsgeschäft zwischen der beklagten Verlagshandlung und dem Publikum zu finden, noch eine zuvor nicht bestandene vertragsmäßige Verpflichtung der Beklagten gegen den Kläger hiedurch begründet worden, durch diesen und gerade durch diesen das Register fertigen zu lassen und ihn für dessen Ausarbeitung in dem gleichen Maße, wie für das Werk selbst, zu honoriren.[18]

Entsch. des Obertribunals vom 19. Juli 1842 in der Appellationssache der J. G. C.'schen Buchhandlung c. Hofrath C. J.

B. Prozeß.

7) Kann ein Gläubiger, welcher schriftlich liquidirt hat und an der Liquidationstagfahrt nicht erschienen ist, die von anderen Gläubigern geltend gemachten Vorzugsrechte nachträglich bestreiten?

Ein Gläubiger, welcher schriftlich liquidirt hat und an der Liquidationstagfahrt nicht erschienen ist, verliert hiedurch nicht das Recht, die von seinen Mitgläubigern für ihre Forderungen geltend gemachten Vorzugsrechte nachträglich

---

[18] O. Wächter, das Verlagsrecht §. 30, S. 343 bemerkt, daß es bei der Frage, ob der Autor ohne ausdrückliche Beredung den Druck und die Honorirung eines Sach- und Namenregisters fordern könne, darauf ankomme, ob eine solche Zugabe als wesentlicher und sich von selbst verstehender Bestandtheil des Werkes anzusehen sei. — Im bejahenden Falle ist der Verleger auch zum Drucke des Registers und wenn das Honorar nach Druckbogen bestimmt ist, im Zweifel im gleichen Verhältnisse auch zur Honorirung des Registers verpflichtet. Vergl. Wächter a. a. O. §. 31, S. 361.

Digitized by Google

zu bestreiten, selbst wenn solche von den erschienenen Gläubigern anerkannt worden sind. Der Ausschluß mit diesem, nach allgemeinen Grundsätzen den betheiligten Gläubigern zustehenden, Rechte ist durch kein Gesetz verordnet. Insbesondere ist eine solche Vorschrift nicht in den Paragraphen 167, 169 und 170 des IV. Ediktes vom 31. Dezember 1818 begriffen. Denn das letztere sollte nicht eine umfassende Gesetzgebung für den Konkursprozeß, sondern nur Stückbestimmungen für solchen enthalten. So erwähnt der §. 169 nicht einmal, daß die bei der Liquidationsverhandlung erschienenen Gläubiger über die liquidirten Forderungen zu hören seien, und dennoch steht es außer allem Zweifel, daß sie darüber zu vernehmen sind. Der §. 179 Ziff. III schreibt nur vor, daß das Gericht sich bemühen solle, den Prozeß wo möglich an der Tagfahrt spruchreif zu machen und sogleich das Prioritätsurtheil auszusprechen. Geschieht dieß, so sind diejenigen Gläubiger, welche sich auf schriftliche Liquidation beschränkt haben und daher nicht erschienen sind, allerdings mit ihrer Anfechtung der Forderungen und Vorzugsrechte der anderen Gläubiger für die erste Instanz thatsächlich ausgeschlossen. Daraus folgt aber keineswegs, daß, wenn der Prozeß nicht schon an der Liquidationstagfahrt erledigt wird und somit die betheiligten Mitgläubiger thatsächlich in der Lage sind, ihren Widerspruch gegen das Vorzugsrecht eines anderen Gläubigers bei dem Gantgericht einzulegen, sie damit nicht zuzulassen seien. Ebendeßhalb werden auch von dem Gantgerichte den Gläubigern mit der Ladung zur Liquidationsverhandlung für den Fall ihres Nichterscheinens verschiedene andere Rechtsnachtheile, aber nicht derjenige des Ausschlusses mit ihrem Widerspruche gegen die Forderungen und Vorzugsrechte der Mitgläubiger angedroht.

Entsch. des Obertribunals vom 13. Juli 1867 in der Appellationssache W. c. L.

Digitized by Google

10) Zu dem Gesetze über die Veräußerung von Liegenschaften.

Nichtübereinstimmung der dem Gesetze äußerlich entsprechenden Vertragsurkunde mit den vorangegangenen mündlichen Vertragsberedungen.

(Von Dr. Kübel.)

Nach Art. 1 des Gesetzes vom 23. Juni 1853 sind Kauf- und Tauschverträge, welche Gebäude oder Grundstücke zum Gegenstand haben, nichtig, wenn sie nicht schriftlich abgefaßt und von den Kontrahenten oder ihren Bevollmächtigten unterzeichnet sind, und zwar gilt dieß nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes auch von allen auf einen solchen Vertrag sich beziehenden Nebenberedungen. Nach Art. 2 des erwähnten Gesetzes aber gehört es zu den wesentlichen Erfordernissen der Vertragsurkunde, daß sie die Namen der Kontrahenten, die bestimmte Bezeichnung der Vertragsgegenstände, den Betrag des Kaufschillings, beziehungsweise bei Tauschverträgen des etwaigen Aufgeldes, sowie den Ort und Tag des Vertragabschlusses enthalte. Wird hienach zur Giltigkeit eines Kauf- oder Tauschvertrages über Gebäude oder Grundstücke die schriftliche Form erfordert, so folgt hieraus, daß vor Vollendung dieser Form der Vertrag nicht geschlossen ist, die wirkliche Schließung vielmehr erst mit Vollendung der Form erfolgt und die vorangegangenen mündlichen Beredungen sich nur als unverbindliche Traktate darstellen. Nur den in der schriftlichen Form erklärten Willen der Vertragschließenden erkennt das Gesetz als verbindlich, und nur insoweit, als eine übereinstimmende Willenserklärung der Vertragschließenden in der Urkunde enthalten ist, ist daher die Willenserklärung der Parteien überhaupt zu beachten. Mit der Unterschrift der Vertragsurkunde wird von dem Vertragschließenden die gegenseitige Zustimmung zu den in die Urkunde aufgenommenen beiderseitigen Willenserklärungen in der nach dem Gesetze allein zulässigen und verbindlichen Form erklärt und durch diese

Digitized by Google

übereinstimmende Willenserklärung eben damit allen vorangegangenen mündlichen Beredungen, soferne sie mit der in der Urkunde manifestirten Willenserklärung nicht übereinstimmen, jede Bedeutung genommen. Selbst die mit dem Inhalt der Urkunde vereinbarlichen Nebenberedungen sind in dem Gesetze vom 23. Juni 1853 in Ermanglung schriftlicher Abfassung ausdrücklich für nichtig erklärt, so daß der Vertrag in der Weise, wie ihn die schriftliche Urkunde enthält, gilt, wenn auch die mündliche Vereinbarung einer noch so wichtigen Nebenberedung unzweifelhaft ist. Der Abgeordnete Pfeifer bemerkte in der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 5. April 1853 hiegegen, man werde doch nicht zu der Ansicht kommen, daß ein Kaufvertrag giltig, nämlich vollziehbar, wider den Willen des einen Theils, sein solle, wenn dieser Vertrag anders geschlossen worden sei, als in der Urkunde stehe; denn wenn eine Nebenberedung nicht in die Urkunde aufgenommen worden sei, so würde, obgleich dieselbe als eine sehr wichtige Bestimmung erscheinen könne und der andere Theil sich vielleicht blos wegen dieser Bestimmung überhaupt zu dem ganzen Vertrage habe bestimmen lassen, der Vertrag gerichtlich vollziehbar werden in einer Weise, wie ihn die Kontrahenten gar nicht abgeschlossen haben.[1] Hierauf erklärte der Berichterstatter Wiest, daß dieses allerdings eintrete, denn gesetzt, die Urkunde enthalte nichts von der Nebenberedung, so werde sie auch nicht beachtet, was einen guten Grund habe. Wenn eine Urkunde vorliege, wo weit und breit von keiner Bedingung die Rede sei, solle die Chikane nicht hergehen und sagen können, so sei zwar niedergeschrieben aber nicht kontrahirt worden, im Gegentheil sei diese oder jene Bedingung hinzugefügt worden; dem wolle der Gesetzesentwurf begegnen.[2] Und der Justizminister Frhr. v. Plessen bemerkte noch weiter, wenn die Nebenberedungen nicht in

[1] Verh. der K. d. A. v. 1851/3 Prot. Bd. VI, S. 4367.
[2] Ebendaselbst S. 4360.

Digitized by Google

der Haupturkunde oder einer weiteren besonderen Urkunde stehen, so sei es eben gerade so, als ob der Hauptvertrag ohne diese Nebenberedung geschlossen worden wäre. Das sei ja gerade das Wesentliche an der Sache, daß alle Bestimmungen in der Vertragsurkunde stehen müssen. Es finde dann keine Auslegung statt mit Beziehung darauf, was sonst geredet worden, sondern nur der Buchstabe der Vertragsurkunde gelte.[3] — Das Gesetz unterstellt demzufolge, daß die Vertragschließenden, indem sie durch die Unterzeichnung der Vertragsurkunde die in solcher enthaltenen gegenseitigen Willenserklärungen zu den ihrigen machten, hiemit diese Erklärungen als den einzigen Inhalt des fraglichen Vertrages anerkannt haben und, wenn zuvor in irgend einer Beziehung mündlich etwas Anderes vereinbart worden, von dieser vorläufigen und vor der Verurkundung unverbindlichen Vereinbarung durch die Unterzeichnung der Urkunde wieder abgegangen seien, da die Vereinbarung, wenn sie nach der Absicht der Kontrahenten hätte Geltung haben sollen, in die Urkunde hätte aufgenommen werden müssen.[4] Hiemit übereinstimmend bestimmt auch das preußische Landrecht, welches in Fällen, wo das Gesetz einen schriftlichen Vertrag erfordert, dem blos mündlich geschlossenen Vertrage die Klagbarkeit abspricht[5] (Thl. I, Tit. 5, §. 127 und 128), daß, wenn für einen Vertrag die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben oder von den Parteien vereinbart

---

[3] Ebendaselbst S. 4372.

[4] Vergl. Thöl, Handelsrecht (4. Aufl.) Bd. I, S. 386; Seuffert, Archiv Bd. VI, Nro. 19; Bd. X, Nro. 248.

[5] Das preußische Landrecht erklärt formlose Verträge nicht für nichtig, sondern spricht Thl. I, Tit. 5, §. 155 ff. nur aus, daß, so lange sie von keinem Theile erfüllt seien, keine Klage daraus stattfinde, wenn aber ein Theil ganz oder theilweise erfüllt habe, der andere Theil verpflichtet sei, den Vertrag gleichfalls zu erfüllen oder das Erhaltene zurückzugeben oder zu vergüten. Ist von beiden Theilen erfüllt, so hat es hiebei sein Verbleiben und es findet eine Anfechtung des Vertrages wegen Formlosigkeit nicht weiter statt.

Digitized by Google

sei (vergl. §. 116), alles, was auf die Verabredung der Parteien ankomme, nach dem schriftlichen Kontrakte beurtheilt werden müsse, und auf vorgeschützte mündliche Nebenabreden, ohne Unterschied des Gegenstandes, keine Rücksicht genommen werde. Deßgleichen enthält das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch §. 887 die Bestimmung, daß, wenn über einen Vertrag eine Urkunde errichtet worden, auf vorgeschützte mündliche Verabredungen, welche zugleich geschehen sein sollen, aber mit der Urkunde nicht übereinstimmen oder neue Zusätze enthalten, kein Bedacht zu nehmen sei.[6] Ebenso spricht das Züricherische privatrechtliche Gesetzbuch §. 916 aus, daß mündliche Verabredungen, welche im Widerspruch stehen mit den Bestimmungen einer schriftlichen Vertragsurkunde, nicht zu beachten seien,[7] und das sächsische bürgerliche Gesetzbuch §. 826 bestimmt, daß wenn die Nothwendigkeit der Abfassung einer Vertragsurkunde auf dem Gesetze beruhe, mündliche Verabredungen, welche vor bei dem Abschlusse des Vertrages stattgefunden haben, aber mit der Vertragsurkunde nicht übereinstimmen oder einen erweiternden oder beschränkenden Zusatz enthalten, nichtig seien. Der Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse (Art. 80) bestimmt nur, daß wenn es nach gesetzlicher Vorschrift zur Giltigkeit eines Vertrages der schriftlichen Form bedürfe, nur die in der Vertragsurkunde ausgedrückten Bestimmungen giltig seien. Bei der Berathung wurde aber bemerkt, daß, wenn die Giltigkeit eines Vertrages von dessen schriftlicher Errichtung abhängig gemacht sei, der Inhalt der Urkunde als die Summe des von den Vertragschließenden

---

[6] Vergl. Stubenrauch, das allg. bürgerl. Gesetzbuch Bd. III, S. 53, 54.

[7] Vergl. Bluntschli, privatrechtl. Gesetzbuch für den Kanton Zürich Bd. III, S. 12, 13. Nur insofern, als die mündlichen Aeußerungen zur Interpretation der schriftlichen Urkunde dienen, sollen sie in Berücksichtigung kommen. Vergl. auch Seuffert, Archiv Bd. X, Nro. 248, Bd. XIII, Nro. 216.

Digitized by Google

wirklich Vereinbarten aufgefaßt und bezüglich etwaiger weiterer mündlicher Verabredungen angenommen werden müsse, daß dieselben von den Vertragschließenden als Bestandtheile der bindenden Uebereinkunft nicht haben erklärt werden wollen. [8] — Welche Verabredungen daher auch bei den, dem schriftlichen Vertragsschlusse vorangegangenen mündlichen Unterhandlungen getroffen worden sein mögen, so können sie der Urkunde gegenüber keine Beachtung finden, nachdem durch deren Unterschrift die darin enthaltene Willenserklärung als der ausschließliche und allein verbindliche Inhalt des Vertrages von den Vertragschließenden anerkannt worden ist. Etwas Anderes ist es, wenn thatsächlich begründet und nachgewiesen werden kann, daß die Vertragsurkunde im Irrthum über deren Inhalt unterzeichnet worden ist. Denn in diesem Falle kann in der Unterzeichnung der Urkunde kein Anerkenntniß ihres Inhalts und ebendaher auch keine mit demselben übereinstimmende Willenserklärung gefunden werden. Ist aber die Urkunde mit der Kenntniß ihres Inhalts unterzeichnet worden, was bis zum Beweise des Gegentheils unterstellt werden muß, so kann die Behauptung, daß etwas Anderes mündlich vereinbart worden, als die Vertragsurkunde enthalte, kein Gehör finden. [9] Wollte man derartigen Behauptungen, abgesehen von dem eben gedachten Falle des Irrthums, Beachtung schenken, so würde damit der ganzen Bestimmung ihre wesentliche Bedeutung genommen und allen den Streitigkeiten die Thüre wieder geöffnet, welche durch die Vorschrift der schriftlichen Form abgeschnitten werden sollten.

Von einer anderen Ansicht ist der Gerichtshof zu Tübingen in mehreren Entscheidungen ausgegangen, indem derselbe den direkten Gegenbeweis der Richtigkeit

---

[8] Protokolle der Dresdener Kommission zur Ausarbeitung eines allg. deutschen Obligationenrechtes S. 3947.

[9] Theilweise anderer Meinung scheint Koch, Recht der Forderungen Bd. II, §. 85, S. 163.

Digitized by Google

des Inhalts der Vertragsurkunde, wenigstens soweit es sich um wesentliche Bestandtheile des Vertrages handelt, zuläßt. In den Gründen einer Entscheidung vom 8. Febr. 1866 in der Appellationssache R. c. B. ist dießfalls, in Uebereinstimmung mit früheren Ausführungen [10] gesagt: „Es ist ein unbestreitbarer Satz, daß eine Kaufvertragsberedung, welche nicht in die, in Art. 1 und 2 des Gesetzes vom 23. Juni 1853 angeordnete, schriftliche Form gebracht ist, nichtig und gänzlich unwirksam ist. Umgekehrt aber enthält der Wortlaut des Gesetzes keinen Anhaltspunkt dafür, daß dasjenige, was in eine dem äußern Anscheine nach der Formvorschrift des Art. 1 und 2 entsprechende Urkunde gebracht ist, immer und unter allen Umständen unumstößlich gelten müsse. Auch eine den Erfordernissen der Art. 1 und 2 anscheinend entsprechende Urkunde ist vielmehr nicht das Rechtsgeschäft selbst, sondern blos die Form, in welcher allein das Rechtsgeschäft zur Entstehung kommen kann, sowie daneben Beweismittel über das wirkliche Zustandekommen des Rechtsgeschäfts, d. h. also Beweismittel über gegenseitige Willenserklärungen der Kontrahenten. Die Urkunde wird getragen durch den ihr zu Grunde liegenden Willen der Paziszenten und kann, wenn der anscheinend vorhandene übereinstimmende Wille der Parteien in Bezug auf wesentliche Vertragspunkte fehlt, nicht zu Recht bestehen und es muß daher jedem Theil die Einrede, bezw. der Gegenbeweis, daß bezüglich der wesentlichen Bestandtheile des Vertrages Dasjenige, was die Urkunde enthält, nicht verabredet worden sei, zugelassen werden. Als eine einfache Folge dieses, in Verbindung mit dem vorangestellten Satze, daß diejenige Verabredung, welche nicht in der durch das Gesetz bestimmten Form schriftlich gemacht ist, nichtig ist, ergiebt sich sodann der weitere Satz, daß, wenn das wirklich Verabredete und Gewollte von dem in der Urkunde Enthaltenen bezüglich wesentlicher Bestand-

[10] Neuffer, Zeitschr. für Rechtspflege Bd. I, S. 48—50.

theile des Vertrages abweicht, keines von Beiden gelten kann, das wirklich Verabredete und Gewollte nicht, weil es nicht in die gesetzliche Form gebracht ist, das in der Urkunde Enthaltene nicht, weil es nicht gewollt, nicht verabredet ist."

Gegen diese Ausführung wird sich geltend machen lassen, daß, wenn auch die Vertragsurkunde nicht das Rechtsgeschäft, der Vertrag, ist, dieselbe sich doch gleichsam als die Verkörperung der, den ausschließlichen Inhalt des Vertrages bildenden, Willenserklärung der Vertragschließenden darstellt, indem die Schrift die nach dem Gesetze allein zulässige Form ist, in welcher der Vertragswille giltig erklärt werden kann. [11] Indem die Vertragschließenden die Urkunde unterzeichnen, anerkennen sie ebendamit, daß die in ihr ausgesprochene Willenserklärung den wahren und ausschließlichen Inhalt des Vertrages bilde, sie erklären durch ihre Unterschrift den Vertrag auf die durch die Urkunde zur Erscheinung gebrachte Weise geschlossen. Dieser in der gesetzlichen Form abgegebenen Willenserklärung gegenüber kann die Berufung auf vorangegangene widersprechende mündliche und daher unverbindliche Verabredungen nicht mehr Platz greifen, welche sich vielmehr als durch die in der Urkunde ausgedrückte Willenserklärung aufgehoben darstellen. In der Ausschließung des direkten Gegenbeweises, daß mündlich etwas Anderes verabredet worden, als die Urkunde besagt, liegt daher keineswegs,

[11] Allerdings erscheint bei Liegenschaftsveräußerungen als der Grund der Verbindlichkeit, als die causa obligationis, nicht die Form, wie dieß bei dem Wechsel der Fall ist und im alten römischen Rechte bei der Stipulation und Acceptilation der Fall war, sondern die causa bleibt immer das Rechtsgeschäft selbst. Allein die Bedeutung der Form liegt hier darin, daß die Erklärung des Willens der Vertragschließenden nur durch die Schrift in verbindlicher Weise erfolgen kann, der Inhalt der Urkunde daher als die ganze Summe der den Abschluß des Rechtsgeschäftes bewirkenden gegenseitigen Willenserklärung der Vertragschließenden sich darstellt.

Digitized by Google

wie in früheren Entscheidungsgründen des Gerichtshofes zu Tübingen angenommen wurde,[12] etwas Abnormes, sondern es ist jene Ausschließung die konsequente Folge davon, daß nach dem Gesetze nur die in der Urkunde enthaltene gegenseitige Willenserklärung der Vertragschließenden verbindlich und maßgebend ist. Wenn sodann in der Ausführung des Gerichtshofes weiter nur bezüglich der wesentlichen Bestandtheile des Vertrages der Gegenbeweis zugelassen werden will, daß der Inhalt der Urkunde nicht verabredet worden, daß also Erklärung und Wille nicht übereinstimmen, so ist nicht recht einzusehen, warum bezüglich der wesentlichen Bestandtheile des Vertrages etwas Anderes, als bezüglich seines übrigen Inhalts gelten und welches Prinzip hierin liegen solle. Die Schließung eines Vertrages setzt voraus, daß die Vertragschließenden nicht nur über die nach dem Gesetze zum Wesen des Vertrages gehörigen, sondern auch über die weiteren nach ihrer gegenseitig erklärten Absicht zu vereinbarenden Punkte ihren übereinstimmenden Willen gegenseitig erklärt haben.[13] So lange es auch nur über einen nach der Absicht der Parteien zu vereinbarenden Nebenpunkt an einer übereinstimmenden gegenseitigen verbindlichen Willenserklärung fehlt, ist der Vertrag nicht geschlossen. Geht man hievon aus, so liegt kein Grund vor, den Widerspruch zwischen Erklärung und Willen bei Nebenpunkten des Vertrages anders zu behandeln, als bei den nach dem Gesetze zum Wesen des Vertrages gehörigen Punkten. In beiden Fällen ist der Vertrag nicht geschlossen, weil es an einer verbindlichen übereinstimmenden Willenserklärung bezüglich eines Punktes fehlt, dessen Vereinbarung eine Voraussetzung der Schließung des Vertrages bildet. Die Ansicht des Gerichts-

---

[12] Neuffer, Zeitschrift Bd. I, S. 49.

[13] Vergl. Dresdener Entwurf eines gemeinsamen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse Art. 52; Protokolle der Dresdener Kommission S. 186, 187.

Digitized by Google

hofes würde auch zu eigenthümlichen Konsequenzen führen, indem ein Vertrag hienach nichtig wäre, wenn die Urkunde z. B. den Kaufschilling nur um ein Geringes niederer bezeichnen würde, als zuvor mündlich verabredet worden, während es ohne Einfluß auf die Giltigkeit des Vertrages wäre, wenn eine noch so wichtige mündliche Nebenberedung in der Urkunde weggeblieben wäre. Letzteres ist in dem Gesetze allerdings ausdrücklich ausgesprochen; allein es ist dies nicht etwas Besonderes bezüglich der Nebenberedungen, sondern nur eine Konsequenz des allgemeinen Satzes, daß durch die Unterschrift der Vertragsurkunde die in ihr enthaltene Willenserklärung als der ausschließliche und allein verbindliche Vertragsinhalt von den Vertragschließenden anerkannt ist, und daher die vorangegangenen mündlichen Beredungen überhaupt nicht mehr in Betracht kommen können. Nur der Nachweis eines Irrthums über den Inhalt der Urkunde bei der Unterschrift erscheint als zulässig, da in diesem Falle eine Willenserklärung in der Urkunde überhaupt nicht mehr enthalten ist, und nur in diesem Falle kann die Folge der Nichtigkeit des Geschäftes in Frage kommen.

Bei dem Obertribunal kam die in Vorstehendem besprochene Frage aus Anlaß der oben angeführten Entscheidung des Gerichtshofes zu Tübingen zwar zur Erörterung, sie wurde aber nicht entschieden, da die Entscheidung des Rechtsfalls auf andere Gründe gebaut wurde.

Digitized by Google

Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

A.

Accisgebühr ist im Falle der käuflichen Abtretung des Antheils eines Gesellschafters an den Immobilien der Gesellschaft an einen andern Gesellschafter nicht anzusetzen 238.

Adventizisches Sondergut der Kinder; Verwaltungsrecht des Vaters mit Ausschluß der Mutter 166.

Alimentationspflicht der Eltern gegen ihre ehelichen Kinder nach Scheidung der Ehe 239.

Alimentenklage einer Ehefrau gegen den angeblichen außerehelichen Vater ihres in der Ehe geborenen Kindes setzt die Verweigerung der Anerkennung der Vaterschaft Seitens des Ehemannes voraus 16.

Antrag zu einem Handelsgeschäfte durch Zusendung unbestellter Waaren; in der sofortigen Nichtbeantwortung des Antrags liegt in der Regel keine Annahme desselben 243, 245.

Anzeigepflicht des Käufers im Falle der Mangelhaftigkeit der Waare 242, 260; sie besteht auch im Falle eines Mangels bezüglich der Quantität 260. Derselben wird genügt durch Absendung der Anzeige an den Verkäufer 249, nicht aber durch die dem Frachtführer, also auch dem Eisenbahnamte gemachte Anzeige 260.

Attraktivkraft des Konkursgerichtsstandes 86, 372, 406.

Ausstattungspflicht der Eltern, Größe der Ausstattung 168. Verbindlichkeit der Eltern zur Ausstattung eines Kindes im Falle der Verheirathung desselben wider den Willen der Eltern 166.

Digitized by Google

B.

Blinde, können diese schriftlich testiren? 182.
Bürgschaft, Einfluß des Konkurses 429, insbesondere im Falle der Präklusion des Gläubigers im Konkurse 431.

C.

Cession, eine Sondernachfolge in die Forderung 121. Nothwendige Cession; Uebergang der Forderungen kraft Gesetzes ohne Hinzutritt einer hierauf gerichteten Willenserklärung des bisherigen Gläubigers 132. Cession von Diensten ist nicht statthaft 435.

D.

Dienste, können solche cedirt werden? 435.
Diffession des Wechsels ist durch das persönliche Erscheinen des Wechselbeklagten nicht bedingt 279.
Diffessionseid der Erben des Wechselschuldners 285.
Domizilirter Wechsel mit benanntem Domiziliaten ist es, wenn die Adresse den Zusatz „zahlbar auf der Bank ꝛc." enthält 265.

E.

Ehebruch Seitens der Ehefrau kann die für die Legitimität eines während der Ehe von ihr geborenen Kindes nicht entkräften 6.
Ehemann, Veräußerungsrecht bezüglich der Errungenschaftsstücke 165.
Eid, zugeschobener, über ein eigenes Faktum des Delaten kann nicht zurückgeschoben werden 221; Glaubenseid der Erben 276, im Konkurse 385.
Einkindschaft, Wesen derselben 170.
Einreden, illiquide im Wechselprozeß, Verweisung in die Widerklage 288.
Einwerfungspflicht der Kinder bei elterlichen Vermögensübergaben 172.
Eltern, Verbindlichkeit derselben zur Ausstattung eines Kindes im Falle seiner Verheirathung wider den Willen der Eltern 166. Größe der Ausstattung 168. Verbindlichkeit der Eltern zur Alimentation der ehelichen Kinder nach Scheidung der Ehe 239.
Erbeinsetzung, fideikommissarische; Vorabsterben der Fiduciarerben 206.
Erbschaft, deren Entziehung wegen Unwürdigkeit des Erben aus dem Grunde fahrlässiger Tödtung des Erblassers durch Mißhandlung 203.

Digitized by Google

Errungenschaft, zu derselben werden gemeinschaftliche Erwerbungen Verlobter im Zweifel gerechnet 164. Veräußerungsrecht des Ehemanns bezüglich des zur Errungenschaft gehörigen Vermögens 165.

Ersitzung eines Rechtes ist durch das Verbot der neuen Begründung eines solchen ausgeschlossen 115. Vergl. auch „Verjährung".

Exekutionsverkauf von Grundstücken; im Falle eines Nachgebots des nach dem Ergebniß der gesetzlichen Aufstreichsverhandlungen unbefriedigt gebliebenen Pfandgläubigers findet ein weiterer Aufstreich nicht statt 227.

F.

Faustpfandgläubiger, hat im Falle des Konkurses das Faustpfand in die Konkursmasse abzuliefern 419.

Fideikommissarische Erbeinsetzung; Vorabsterben der Fiduciarerben 206.

Form der Verträge; wann ist eine Klage auf Ergänzung der Form statthaft? 112.

G.

Ganterkenntniß, Bedingungen desselben 343. Der Richter darf den Gant nicht von Amtswegen eröffnen 344. Insolvenzerklärung des Schuldners 347, Andringen der Gläubiger 348. Vermögensunzulänglichkeit 348. Beschwerderecht 357. — Fällung 358. Bedingtes Erkenntniß 358. Kompetenz 360. Subjekt 360. Rechtsmittel 361. — Wirkungen. Hinsichtlich des Gerichtes 365. Hinsichtlich des Gemeinschuldners und zwar öffentlich-rechtliche 375, privatrechtliche 377. Hinsichtlich der Gläubiger in ihrem Verhältniß zu dem Gemeinschuldner 416, in ihrem Verhältniß unter sich 424. Hinsichtlich dritter Personen 427, insbesondere beim Mandatsverhältniß 428. Deßgleichen hinsichtlich des Bürgen 429.

Gemeinschuldner, Beweiskraft der Erklärungen desselben 377. Insbesondere von dem Beweismittel des Eides 385. Dispositionsfähigkeit, Veräußerungsbefugniß, Eigenthumsrecht 389. Verwaltungsrecht über das Vermögen seiner Ehefrau 394. Fähigkeit, Vermögen zu erwerben 401. Kompetenz 402.

Geschworener kann ein Gantmann nicht sein 376.

Gerichtsstand des Wohnorts eines Pächters 211. Gerichtsstand eines im Auslande wohnenden, im Verhältnisse eines württemb. Unterthanen stehenden Standesherrn 218. Einfluß des Konkurses auf den Gerichtsstand 372, 406.

Digitized by Google

Güterpfleger im Konkurse (Massekurator) vertritt die Gesammtheit der Gläubiger bezüglich ihres Verwaltungs- und Verfügungsrechtes über die Konkursmasse 91, 229. Auch wenn ein Kontradiktor nicht bestellt ist, wird der Güterpfleger nicht zum Kontradiktor 229.

H.

Handelsbücher, deren Beweiskraft 220.
Handelsrichter kann ein Gantmann nicht sein 376.

J.

Jurisdiktionsvertrag mit Baden, dessen Anwendung auf die gegenseitige Rechtshilfe wegen der in Civilrechtsstreitigkeiten angesetzten Sporteln 223.

K.

Kauf, Gewähr der Mängel siehe „Mängelgewähr". Uebergang der Gefahr 258. Bezeichnung der Person des Käufers von Gebäuden oder Grundstücken in der Vertragsurkunde 433. Deßgleichen Bezeichnung des Vertragsgegenstandes 434.
Kinder, Rechtsvermuthung der Legitimität und Gegenbeweis siehe „Vaterschaft". Deren adventizisches Sondergut steht in der ausschließlichen Verwaltung des Vaters 166. Vorzugsrecht der Kinder wegen ihres in der gesetzlichen Verwaltung der Eltern stehenden Vermögens 171.
Kirchengesetze, evangelische, Repertorium derselben 337.
Kompensation im Gante 263, 419, durch die Rechtshängigkeit der compensando geltend gemachten Forderung wird die Kompensation nicht ausgeschlossen 273.
Kompetenz der Civil- und Verwaltungsjustizbehörden bei Wasserrechtsstreitigkeiten 208, der Gerichte in Konkursfällen 360, 365.
Kompetenz des Gantmannes 402.
Konkurs, dessen Einfluß auf die Wechselverjährung 77. Der Konkurs des Wechselschuldners schließt den Wechselprozeß und die Wechselexekution, insbesondere auch die Personalhaft aus 80, 85, 87. Einfluß des Konkurses auf den Beginn und Lauf der Verzugszinsen 422. Siehe auch Ganterkenntniß.
Konkursgläubiger, Rechtsverhältniß derselben zum Gemeinschuldner 416. Deßgl. zu Dritten bezüglich der zwischen diesen und dem Gemeinschuldner bestehenden Vertragsverhältnisse 418. Deßgl. unter sich 424.
Konkursmasse, was zu derselben gehört 401. Gehört zu derselben auch das nach Eröffnung des Konkursverfahrens vom Gemein-

Digitized by Google

schuldner erworbene Vermögen? 405. Kann der zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht verfallene Gehalt eines Beamten zur Konkursmasse gezogen werden? 412. Können Ruhegehalte zur Masse gezogen werden? 412. In welchen Fällen gehört die einem Gemeinschuldner zugefallene Erbschaft in die Konkursmasse 413.

Konkursverfahren, Prinzip der Einheit und Allgemeinheit 367. Partikularkonkurs 368. Einheit des Konkurses 371. Anziehende Kraft des Konkurses 86, 372, 406, insbesondere bezüglich der dinglichen Klage 372.

Kontradiktor ist Vertreter des Gemeinschuldners 91, 229, er ist nur in bedeutenderen Fällen zu bestellen 91.

Kulturveränderungen können durch Weiderechte nicht verhindert werden 100.

L.

Leibgeding, Aufnahme einer zweiten Ehefrau oder einer Haushälterin in die Leibgedingswohnung 155, Aufnahme von Kindern 163.

Liegenschaftsveräußerungs-Gesetz, dessen Auslegung 433, 434, 449.

Liquidationstagfahrt, ein Gläubiger, welcher an derselben nicht erschienen ist und schriftlich liquidirt hat, kann die von andern Gläubigern geltend gemachten Vorzugsrechte nachträglich bestreiten 447.

M.

Mandat, Einfluß des Konkurses 428.

Mängelgewähr bei Handelsgeschäften; Frist zur Dispositionsstellung zugesandter mangelhafter Waaren 242, 244, 248, 260. Frist zur Anzeige, wenn die Waare erst mit der Faktura übersandt wird 250, deßgl. im Falle einer Klausel in der Faktura 250, deßgl. bei nicht sofort erkennbaren Mängeln 251, deßgl. im Falle des Betrugs 253, der Käufer genügt seiner Anzeigepflicht durch Absendung der Anzeige 249. Mangel bezüglich des vorgeschriebenen Maßes 246, Mangel bezüglich der bestellten Qualität 245. Theilweise Mangelhaftigkeit 253, Mängel bezüglich der Quantität; Anzeigepflicht 260, Dispositionsstellung einer Gesammtwaarensendung wegen theilweiser Defektuosität; Pflicht zur Untersuchung von, in Originalverpackung zum Wiederverkauf bestimmten, Waaren 261. Schuldhafte Unkenntniß der Mangelhaftigkeit der gekauften Waare seiten des Käufers 246, Expertise und Depo-

Digitized by Google

sition keine Pflicht 255. Thatsächliche Genehmigung; Veränderungen an der Waare 255. Unbefugte Retournirung, Gefahr 256. Verspätete Retournirung 257. Weitere Verhandlungen über die Retournirung 257.

Massekurator siehe Güterpfleger.

Meßner gehören nicht zu den Kirchendienern im Sinne des Gesetzes vom 9. April 1865 238.

Miethvertrag, Einfluß des Konkurses 429.

N.

Nutznießung des Vaters von dem Pflichttheile seines Kindes; kann ihm solche entzogen werden? 175.

O.

Ortsvorsteher, kann die Stelle eines solchen von einem Gantmann bekleidet werden? 376.

P.

Pachtvertrag, Einfluß des Konkurses 418, 428, 429.

Prozeßkosten zweiter Instanz im Handelsgerichtsverfahren; Verfällung des Appellanten in dieselben trotz theilweisen Obsiegens in zweiter Instanz 289.

Prozeßzinsen, 61; Fälle, in welchen Prozeßzinsen gefordert werden können 74; Höhe der Prozeßzinsen 75.

R.

Realdienstbarkeit, kann aus einem Vertrage über deren Bestellung auf Einholung des gerichtlichen Erkenntnisses geklagt werden? 109. Ueber das zur Giltigkeit von Realdienstbarkeiten erforderliche gerichtliche Erkenntniß 230. Dasselbe kann im Rechtswege nicht angefochten werden 432.

Rechtshilfe wegen der von badischen Gerichten in Civilrechtsstreitigkeiten angesetzten Sporteln 223.

Rechtsvermuthung, Wesen derselben, Gegenbeweis 4. Deren Unterschied von gesetzlicher Fiktion 44. Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft ist eine materielle Rechtsbestimmung 51. Gegenbeweis gegen die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft siehe „Vaterschaft."

Rogation der Testamentszeugen; Beweis durch die Testamentsurkunde 200.

S.

Schafweiderecht, Nichtbefugniß des Weideberechtigten zur Verhinderung von Kulturveränderungen des weidedienstbaren

Digitized by Google

Grundstücks; Anlegung desselben zu Wald 100. Das Verbot der Begründung neuer Schafweidedienstbarkeiten bezieht sich auch auf Schafweiderechte in Waldungen 107 und schließt auch deren Erwerb durch Ersitzung aus 115.

Sporteln badischer Gerichte in Civilrechtsstreitigkeiten; Rechtshilfe 223.

Strafuntersuchung, Benützung ihrer Ergebnisse im Civilverfahren 219.

T.

Testament eines Blinden; kann dieser schriftlich testiren? 182.

Testamentszeugen, Beweis ihrer Rogation durch die Testamentsurkunde 200.

Testator, Beweis seiner Identität 201. Beweis seines wahren Willens gegen die klaren Worte des Testaments 202.

Todesstrafe, Gang der Gesetzgebung in Württemberg und Frage ihrer Beibehaltung oder Abschaffung 289.

Tödtung, fahrlässige des Erblassers durch Mißhandlung begründet die Entziehung der Erbschaft 203.

U.

Urkundenbeweis; Ergänzungseid zum Beweise der Aechtheit 221.

V.

Vater, kann demselben die Nutznießung von dem Pflichttheile seines Kindes entzogen werden? 175.

Vaterschaft, eheliche; Gegenbeweis gegen die für solche sprechende Rechtsvermuthung 1; dieser kann durch den Nachweis der Unrichtigkeit der physiologischen Voraussetzung der Rechtsvermuthung nicht geführt werden 5; ebenso nicht durch den Beweis eines von der Mutter begangenen Ehebruchs 6, 20, 27; noch durch das bloße Zugeständniß der Mutter, daß das Kind nicht von dem Ehemann herrühre 10, 18, 20, 28; wohl aber durch den Beweis der Unmöglichkeit der Erzeugung des Kindes durch den Ehemann 7, sei es wegen Zeugungsunfähigkeit des Ehemanns 8, 24, oder wegen thatsächlichen Unterbliebenseins des geschlechtlichen Umgangs der Ehegatten in der entsprechenden Zeit 8, 12, 16, 22, was auch durch künstlichen Beweis dargethan werden kann 9, sowie durch Ergänzungseid der Mutter 10, 14, nicht aber durch Eideszuschiebung an den Ehemann 11; der Gegenbeweis gegen die Rechtsvermuthung kann ferner geführt werden durch die

Digitized by Google

physische Beschaffenheit, Reife oder Unreife des Kindes zur Zeit seiner Geburt 28; die Beweislast ruht jedoch in diesem Falle auf Demjenigen, welcher die Nichtanwendbarkeit der gesetzlichen Vermuthung behauptet 29.

Väterliche Gewalt, Beendigung durch Errichtung eines eigenen Haushalts 170.

Verhandlung mündliche vor dem Oberhandelsgericht; verspätetes Vorbringen neuer Thatsachen, bezw. Benennung neuer Beweismittel, Verurtheilung des säumigen Theils in die Kosten der hiedurch vereitelten Tagfahrt 273.

Verjährung, Hemmung und Unterbrechung derselben 77. Einfluß der Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners 77, 136. Verjährung einer im Gante des Schuldners durchgefallenen Forderung; Beginn derselben 136. Unvordenkliche Verjährung, Wesen derselben; sie ist keine Art der erwerbenden Verjährung, sondern ersetzt nur den Beweis der Rechtsbegründung 116, 120. Verhältniß der unvordenklichen Verjährung zu dem Verbote der neuen Begründung eines Rechtes 118.

Verlagsvertrag; der Autor darf über das in Verlag gegebene Werk zum Nachtheil des Verlegers nicht verfügen; er darf auch ein in Einzelverlag gegebenes Werk nicht in eine, einem anderen Verleger übertragene Gesammtausgabe seiner Werke aufnehmen 138, 143. Verbot einer neuen Auflage vor dem Vergriffensein der früheren 141. Begriff des Vergriffenseins einer Auflage 142. Anderweitige Veröffentlichung der in Sammelwerke gelieferten Beiträge 144. Uebersetzungsrecht des Autors 151. Verbindlichkeit des Verlegers zur Vervielfältigung und zum Vertriebe des in Verlag erhaltenen Werkes 439. Ist der Verleger zum Abdruck und zur Honorirung eines Sach- und Namenregisters verbunden? 445.

Verlobte, deren gemeinschaftliche Erwerbungen werden im Zweifel zur Errungenschaft gerechnet 164.

Vermögensübergabeu, elterliche, Einwerfungspflicht der Kinder 172.

Versicherungsvertrag, Anwendbarkeit der Bestimmungen des allg. deutschen Handelsgesetzbuches über die Seeversicherung auf die nicht maritime Versicherung 154. Eintritt des Versicherers in die Rechte des Versicherten gegen Dritte 152.

W.

Wahl- und Wählbarkeitsrechte, Einfluß des Konkurses 375.

Digitized by Google

Wasser, öffentliches, in wiefern verliert daſſelbe durch die Ableitung aus ſeinem Bette ſeine öffentliche Eigenſchaft 209.

Wäſſerungsgraben, das in einen ſolchen aus einem öffentlichen Bache abgeleitete Waſſer verliert durch die Gefangenſchaft in dem Wäſſerungsgraben die Eigenſchaft eines öffentlichen Waſſers 208.

Wechſel mit dem Zuſatz bei der Adreſſe „zahlbar auf der Bank" iſt ein domizilirter Wechſel mit benanntem Domiziliaten 265.

Wechſelexekution, Ausſchluß derſelben durch die Eröffnung des Konkurſes über den Wechſelſchuldner 80.

Wechſelforderungen können nach Eröffnung des Konkurſes über den Wechſelſchuldner nur bei dem Konkursgerichte geltend gemacht werden 86.

Wechſelklage kann im Wege des Wechſelprozeſſes oder im Wege des ordentlichen Civilprozeſſes verfolgt werden 86, 97. Die Anmeldung einer Wechſelforderung im Konkurſe iſt keine Wechſelklage 88.

Wechſelproteſt, mangelhafte Beſchaffenheit der in die Proteſturkunde aufgenommenen Wechſelabſchrift 92. Für die Legalität eines im Auslande aufgenommenen Proteſtes ſtreitet die Vermuthung 271. Proteſtirung mehrerer Wechſel in Einer Urkunde iſt zuläſſig 272.

Wechſelprozeß, das perſönliche Erſcheinen des Wechſelbeklagten für den Fall der Diſſeſſion des Wechſels iſt nicht mehr erforderlich 279. Diſſeſſionseid der Erben des Wechſelſchuldners 285. Verweiſung illiquider Einreden in die Widerklage 288.

Wechſelverfahren wird durch den Konkurs über den Wechſelſchuldner ausgeſchloſſen 80.

Wechſelverjährung, deren Hemmung durch Eröffnung des Konkurſes über den Wechſelſchuldner 77, 136, 271, Zeitpunkt des Eintritts der Hemmung 91, deren Unterbrechung durch Wechſelklage 86, die Unterbrechung ſetzt Behändigung der Wechſelklage an den Wechſelſchuldner voraus 89. Beginn der Verjährung der Wechſelregreßklage; iſt die Buchung eines Mangels Zahlung proteſtirten und mit einer Retourrechnung zurückgeſandten Wechſels als Zahlung zu betrachten? 268. Die Wechſelklage gegen den Acceptanten eines domizilirten und beim Domiziliaten Mangels Zahlung proteſtirten Wechſels iſt keine Wechſelregreßklage und verjährt nicht in drei Monaten 267.

Digitized by Google

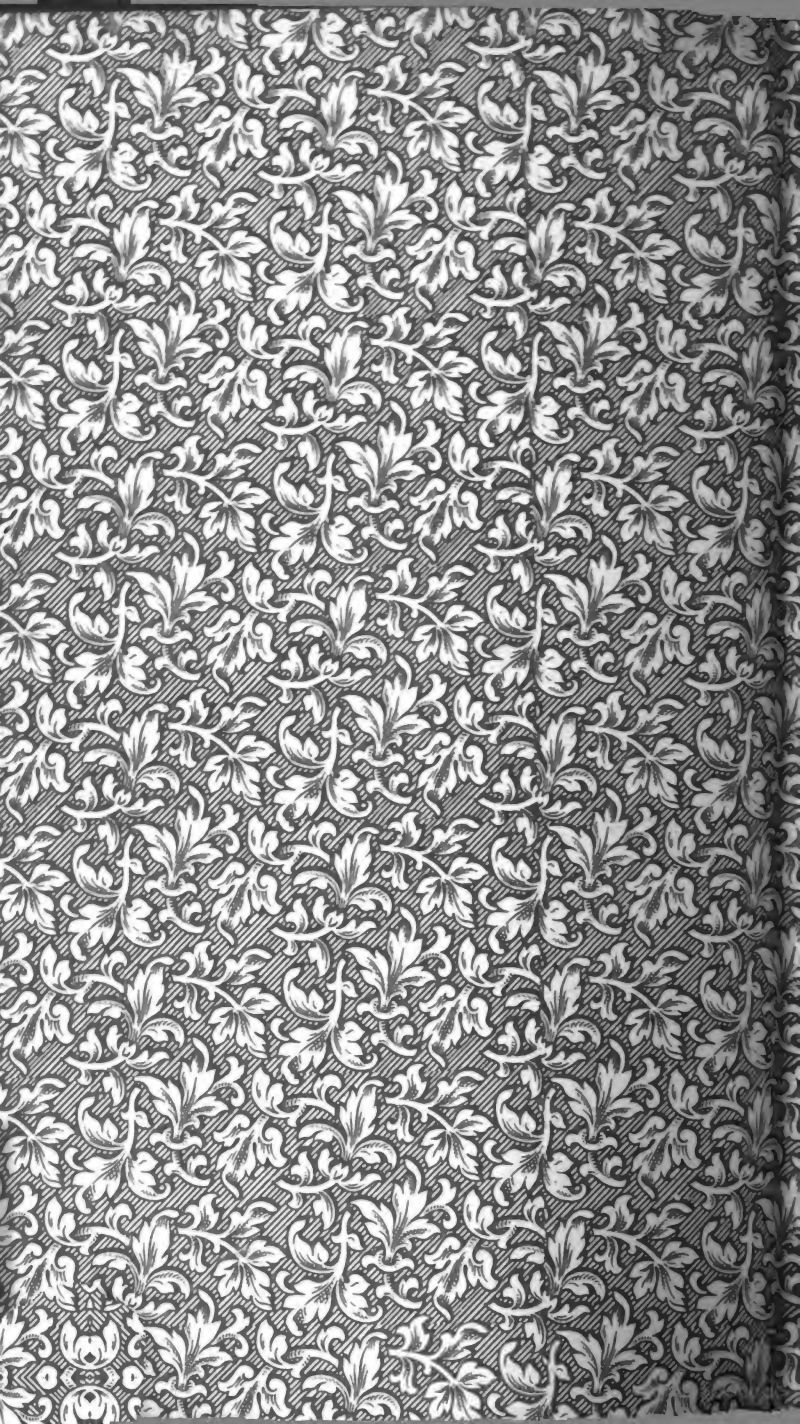
Werkverdingung; Anzeigepflicht bezüglich der Mängel des Werkes seiten des Werkbestellers 249.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß 222.

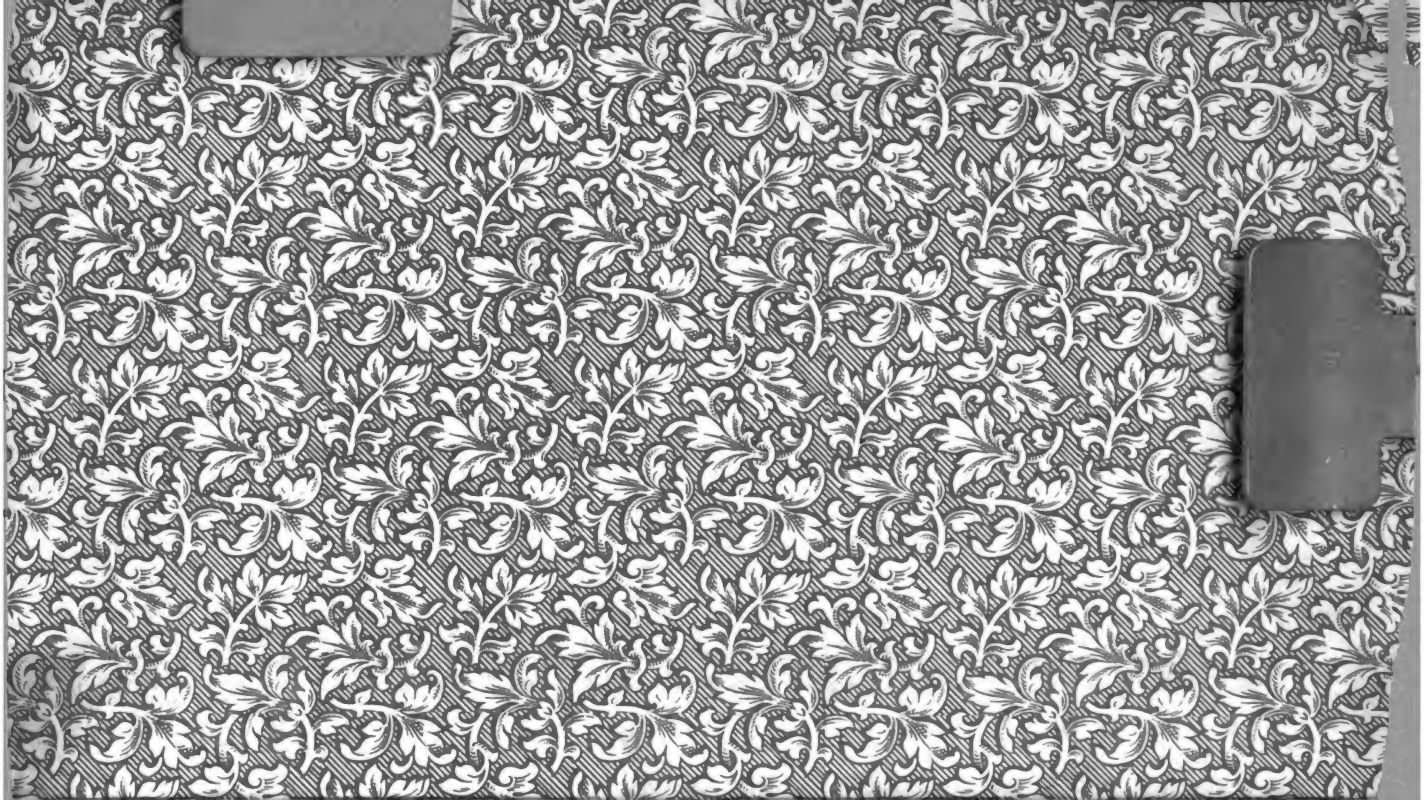
Druckfehler.

S. 86 Zeile 9 von oben ist vor „Wechselverjährung" einzuschalten „Unterbrechung der"
S. 86 Zeile 12 von oben ist gleichfalls vor „Wechselverjährung" einzuschalten „Unterbrechung der"
S. 375 Zeile 6 von unten lies „bekleiden" statt „begleiten"

Ex. A. L. B.
3/6/05.

Digitized by Google





Digitized by Google